



Le cybercommerçant

Adongon Sylvain Lauboué

► To cite this version:

Adongon Sylvain Lauboué. Le cybercommerçant. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Français.
NNT : 2015BORD0017 . tel-01252153

HAL Id: tel-01252153

<https://theses.hal.science/tel-01252153>

Submitted on 7 Jan 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

Par **Adongon Sylvain LAUBOUE**

LE CYBERCOMMERÇANT

Sous la direction de Monsieur **Philippe MOZAS**
Maître de conférences – Habilité à diriger des recherches

Soutenue le 13 février 2015

Membres du jury :

M. DAVERAT Xavier, Professeur à l'Université de Bordeaux, *président*

M. RAFFRAY Ronan, Professeur à l'Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, *rapporteur*

M. BOGLER Honoré, Maître de conférences - Agrégé des facultés de droit, Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan (Côte d'Ivoire), *rapporteur*

M. POHE-TOKPA Denis, Maître de conférences – Habilité à diriger des recherches, Université de Bordeaux, *examineur*

Résumé : Le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel à travers la dématérialisation de ses activités due à l'utilisation d'Internet. Ainsi, la dématérialisation des activités du cybercommerçant, en dépit des avantages, pose deux séries de problèmes dues à l'ubiquité et à la dépersonnalisation. L'ubiquité se manifeste par le fait que le site Internet du cybercommerçant est accessible dans presque tous les États. La dépersonnalisation crée des risques dus d'une part, au défaut de présence physique des parties contractantes et d'autre part, à l'utilisation du support électronique pour conclure le contrat. L'objectif est d'anéantir les effets néfastes de l'ubiquité et de la dépersonnalisation dans le but de sécuriser l'environnement du professionnel du commerce électronique. La solution consiste à appliquer au cybercommerçant les règles générales et à rejeter les règles spéciales. En définitive, cette étude sur le cybercommerçant permet de confronter la nouveauté aux concepts anciens afin de découvrir qu'Internet affectant l'activité du commerçant à travers la dématérialisation, permet de revitaliser les concepts traditionnels en nous faisant prendre conscience des dangers des solutions nouvelles nécessitant l'élaboration de règles spéciales. En ce sens la révolution numérique invite bien plus à une relecture du droit qu'à une révolution du droit.

Mots clés : Internet, commerce électronique, ubiquité, dépersonnalisation

Title : The cyber trader

Abstract : The cyber trader is distinguished from traditional shop trader through the dematerialization of his activities due to the use of Internet. Thus, the dematerialization of the cyber trader's activities, despite the benefits, raises two sets of problems due to ubiquity and depersonalization. Ubiquity is manifested by the fact that the website of the cyber trader is available in almost all States. Depersonalization creates risks due, on the one hand, to the lack of physical presence of the contracting parties and the other hand, to the use of electronic support to conclude the contract. The objective is to destroy the harmful effects of ubiquity and depersonalization in order to secure the environment of the e-commerce professional. The solution is to apply general rules to the cyber trader and reject special rules. Ultimately, this study on the cyber trader allows confronting the new to the old concepts in order to discover that the Internet affecting the trader's activity through dematerialization, helps to revitalize traditional concepts by making us aware of the dangers of new solutions requiring the development of special rules. In this sense, the digital revolution invites more to a rereading of the law than a revolution of the law.

Keywords : Internet, electronic commerce, ubiquity, depersonalization.

Unité de recherche

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (IRDAP)
16 Avenue Léon Duguit – CS 50057 – 33608 Pessac Cedex

À la grande famille **LAUBOUE**
À mon épouse **Enah Marie-Ange**
À mes enfants **Yanis** et **Léane**

REMERCIEMENTS

Cette thèse doit d'abord beaucoup à la confiance que mon directeur, monsieur Philippe MOZAS m'a accordée et à ses précieux conseils et sa disponibilité. Qu'il trouve ici l'expression de ma très profonde reconnaissance.

J'exprime ensuite ma gratitude à messieurs Xavier DAVERAT, Ronan RAFFRAY, Honoré BOGLER et Denis POHE-TOKPA, pour avoir accepté de participer au jury de soutenance.

Je tiens enfin à remercier tous ceux qui ont contribué à l'aboutissement de cette thèse, par leurs soutiens et leurs encouragements, en particulier monsieur Denis POHE-TOKPA.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- A. : Autres auteurs
- Aff. : Affaire
- AJDI : Actualité juridique droit de l'immobilier
- Arch. Phil. Droit : Archives de philosophie du droit
- Art. : Article
- Ass. Plén. : Assemblée plénière
- Bull. civ : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
- Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
- C/ : contre
- CA : Cour d'appel
- Cah. Dr. Entr. : Cahier de droit de l'entreprise
- Cass. 1^{re} civ. : Première Chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. 2^e civ. : Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. 3^e civ. : Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
- Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
- Cass. crim.. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
- Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
- CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
- Ch. : Chambre
- Chron. : Chronique
- CJUE : Cour de justice de l'Union européenne (Initialement Cour de justice des communautés européennes : CJCE)
- Coll. : Collection
- Comm. : Commentaire
- Comm.com. électr. : Revue Communication commerce électronique
- Contrats, conc. cons. : Revue Contrats, concurrence et consommation
- D. : Recueil Dalloz
- Déc. : Décret
- Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
- Dir. : Sous la direction
- Doctr. : Doctrine
- Dr. et patr. : Revue Droit et patrimoine
- Éd. : édition
- Fasc. : fascicule
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- Infra : Ci-dessous
- IR : Information rapide
- JCP E : Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition entreprise
- JCP G : Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
- JCP N : Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition notariale
- JDI : Journal du droit international (Clunet)
- JO : Journal officiel
- JORF : Journal officiel de la République française
- JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

- Jurispr. : jurisprudence
- LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Loyers et copr. : Revue Loyers et copropriété
- LPA : Les petites affiches
- N° : numéro
- Obs. : Observations
- P. : page
- Propr. Industr. : Revue de la propriété industrielle
- Propr. Intell. : Revue de la propriété intellectuelle
- PUF : Presse universitaire de France
- Rec : Recueil
- Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation
- Rev. : Revue
- Rev. Crit. DIP : Revue critique de droit international privé
- RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
- S. : suivant
- Sect. : Section
- Spéc. : Spécialement
- Somm. : Sommaire
- *Supra* : Ci-dessus
- T : Tome
- TGI : Tribunal de grande instance
- TI : Tribunal d'instance
- Vol. : Volume
- RLDA : Revue Lamy Droit des affaires
- RLDC : Revue Lamy Droit des contrats
- RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA NEUTRALISATION DE L'UBIQUITÉ

Titre 1- Les critères de rattachement territorial du cybercommerçant

Chapitre 1- Le rattachement par l'établissement

Chapitre 2- Le rattachement par l'activité

Titre 2- L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants

Chapitre 1- Le statut professionnel

Chapitre 2- Les instruments de l'activité

DEUXIÈME PARTIE : LA NEUTRALISATION DE LA DEPERSONNALISATION

Titre 1- L'application des règles générales

Chapitre 1- L'application des principes généraux à la forme du contrat

Chapitre 2- L'application des exigences classiques au fond du contrat

Titre 2- Le rejet des règles spéciales

Chapitre 1- Le caractère superflu des règles spéciales

Chapitre 2- L'inefficacité des règles spéciales

INTRODUCTION

« La conciliation entre la sécurité et l'innovation est délicate, par certains côtés même impossible, car c'est concilier l'immobilité avec le mouvement, un mouvement avec un autre tout différent, parfois opposé (...). Il faut faire état des transformations économiques tenant à une intensité plus grande de production, de consommation, de circulation qui rend insupportable les anciennes règles. Comment peut-on concilier ces deux besoins nettement antagonistes : le besoin de sécurité satisfait, qui donne à toute l'armature sociale et spécialement à l'armature juridique toute sa force, sa rigidité, et le besoin de changement, besoin de souplesse qui suppose une organisation sociale et juridique se prêtant à certains changements ».

René DEMOGUE¹.

1. L'évolution de notre société est dominée par la multiplication des découvertes scientifiques et de leurs applications concrètes qui s'inscrivent dans tous les domaines. Il est possible de constater quotidiennement l'omniprésence des nouvelles technologies dans les événements qui affectent notre société. L'apparition d'Internet² avec son développement si important et si rapide, est un exemple particulièrement significatif de ce phénomène. Cela est traduit en ces termes par un auteur³ : *« Voilà plusieurs années que l'on annonçait l'irruption d'une révolution cachée. Cette révolution sournoise qui va peu à peu renverser les notions de temps et d'espace, et préparer le terrain pour un changement radical de la perception du monde (...). L'intense développement des technologies de la communication et l'avènement d'une réalité virtuelle incitent alors l'ensemble de la communauté scientifique à revoir ses*

¹ René DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique, éd. La mémoire du droit 2001, Réimpression de l'édition de 1911, p. 89-90

² Utilisé seul, Internet s'écrit avec une majuscule, *a contrario*, lorsqu'il est accompagné d'un déterminant, il s'écrit avec une minuscule. L'acceptation de cette double graphie pour un même mot tire son origine de la pratique d'Internet. A l'origine les graphies avec une majuscule initiale se sont imposées pour souligner le caractère unique d'Internet. Internet est alors considéré comme un nom propre. Seulement son expansion et sa banalisation ont tôt fait de le laisser tomber dans le langage commun et d'être considéré comme un mot commun au même titre que d'autres médias. En France les deux graphies coexistent, pour notre part, notre choix s'est porté sur « Internet » en tant que nom propre.

³ Wanda CAPELLER, Un net pas très net. Réflexion sur la criminalité virtuelle, Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p.167-185, spéc., p. 167-168

prémisses philosophiques, historiques et sociologiques (...). On constate alors que d'autres formes de symbolisation s'imposent, et que de nouvelles questions sociales et psychologiques apparaissent, qui touchent non seulement les individus isolés, mais la société tout entière. Ces nouvelles réalités technosociales se présentent comme des contextes matériels, c'est-à-dire des lieux de rencontre électroniques où se concrétise le dépassement des limites corporelles de la communication. L'espace cybernétique, lieu par excellence de ces grandes mutations technologiques et culturelles où se construisent de plus en plus de mondes abstraits fondés sur la simulation du monde naturel, reflète avant tout la société des individus. Par suite des changements dans les modes de communication et d'information, les pratiques de reconnaissance et d'intégration sociales se modifient. Et par conséquent, le cyberespace présente l'occasion de repenser les dilemmes politiques et éthiques les plus tangibles de la société contemporaine (...). Le cyberespace, s'il peut être perçu comme un monde où de nouvelles formes de culture sont en train d'être créées, qui atteignent la vie des gens d'une manière immédiate et active, est utilisé aussi de façon instrumentale pour acquérir des choses et satisfaire des besoins ».

D'un réseau ouvert voué à la communication, Internet est également devenu un lieu d'échange commercial à l'origine du commerce électronique et suscitant l'émergence d'un acteur essentiel à savoir le cybercommerçant. Les bouleversements induits par le numérique sont nombreux et transforment les usages et les habitudes des consommateurs et professionnels. Devant les avancées technologiques, l'environnement du cybercommerçant se trouve confronté à d'importants défis. Les réflexions menées dans le cadre de cette étude font apparaître que malgré les avantages procurés par Internet, cet outil permet également l'existence d'un certain nombre de menaces pesant sur l'exercice de l'activité du cybercommerçant, d'où la nécessité de sécuriser l'univers du cybercommerçant. C'est pour cela qu'il est essentiel au préalable de définir le contexte dans lequel s'inscrit le cybercommerçant, afin de cerner les problèmes pour apporter des solutions.

2. Les techniques de communication à distance, dans leur grande majorité, ont été créées pour servir des intérêts militaires. Heureusement l'utilisation de ces techniques n'est pas uniquement motivée par un contexte conflictuel. Née avec l'homme, la communication ou échange d'informations, a pris une ampleur considérable à l'époque contemporaine avec l'arrivée d'Internet. Internet a profondément influencé le fonctionnement de l'ensemble de l'économie. Il s'agit de tenir compte des possibilités techniques offertes par Internet à travers la révolution numérique qui a des effets dans tous les domaines de notre société. Outre l'échange d'informations, Internet fait aussi l'objet d'une exploitation commerciale,

constituant ainsi le commerce électronique au profit des professionnels nommés cybercommerçants.

Déterminer le contexte dans lequel s'inscrit l'objet de notre étude exige alors de cerner certaines notions à savoir Internet, commerce électronique et cybercommerçant.

3. Internet tire ses origines de « l'initiative de défense stratégique » (IDS), dite aussi « guerre des étoiles », qui est un projet lancé par le président américain Ronald REAGAN durant la guerre froide compte tenu de la poussée soviétique. L'objectif était de pouvoir détecter et contrer les missiles soviétiques à travers un bouclier spatial destiné à protéger les États-Unis. Il fallait mettre en œuvre une organisation à vocation défensive et stratégique, d'où le rôle déterminant des laboratoires universitaires coopérant avec la recherche militaire des États-Unis. Correspondants fondateurs du courrier électronique, ces équipes coopèrent en effet pour mettre au point les logiciels complexes inspirés par l'initiative stratégique de la « guerre des étoiles ». Cette guerre n'aura pas lieu d'autant que l'URSS s'effondre en 1989, au moment même où les centres coopérateurs du réseau de la Défense commencent à se familiariser avec les échanges électroniques coopératifs. La dérive créative qui s'ensuit multiplie les initiatives autonomes, de Stanford (où prit naissance SUN, pour *Stanford University Network*) à Boston (où furent développés des générations de mini-informatiques autour du MIT).

Le concept d'Internet est apparu en 1969 aux États-Unis de la rencontre d'un projet universitaire et de l'Agence pour les Projets de Recherche Avancée du Pentagone (ARPA) qui le finança. L'idée de départ était simple : permettre aux chercheurs dispersés dans les universités américaines de mettre en commun le fruit de leurs réflexions et de leurs travaux en supprimant les barrières imposées par la géographie. L'objectif de l'agence gouvernementale était, de son côté, de bâtir une infrastructure de communication informatique destinée aux militaires américains, répartis sur le globe, qui soit capable de résister à une déflagration nucléaire. Le 21 novembre 1969, à l'université UCLA de Los Angeles, fut établie la connexion entre Stanford, Santa Barbara et l'université d'Utah. Le « nœud » situé à UCLA permettait de diriger vers son destinataire, où qu'il se trouve sur le réseau, le message envoyé par un ordinateur distant. Si le principe était ainsi vérifié, ce n'est toutefois qu'en 1973 que s'élabora véritablement le concept d'Internet lorsque se posa le problème de la connexion du système Arpanet avec les réseaux qui avaient pu apparaître dans le monde, et qui obéissaient à des normes différentes. Un langage commun était à définir qui pourrait permettre aux différents réseaux de communiquer entre eux. Robert KAHN de l'ARPA et Vinton CERF, devenu professeur à Stanford, conçurent un ensemble de protocoles de transmissions et de

routage portant le nom de Transmission Control Protocol / Internet Protocol (TCP/IP). Internet est né. L'ensemble fut achevé et mis en place en 1981⁴.

Internet ne prit son essor que lorsque naquit l'idée d'un « réseau des réseaux », sur lesquels tous les ordinateurs pourraient se greffer librement si bien que fut créée la métaphore des « autoroutes de l'information ». Plus qu'une évolution technique, il s'agit d'une révolution tranquille aux conséquences considérables se ramifiant dans divers domaines. Avec Internet, les rapports du temps et de l'espace sont bouleversés. Internet a accéléré le rythme et le volume du traitement de l'information ; et il a permis l'interconnexion des contenus, qui n'aurait pas été possible sans l'informatique.

La diffusion de la révolution a commencé par l'informatique. L'informatique a été associée à la télécommunication pour donner la télématique. A la différence de celle de la plupart des pays occidentaux, la population de la France s'était amplement familiarisée avec la communication électronique : la télématique interactive et son terminal spécialisé le Minitel, en ont été l'instrument sous l'égide de l'opérateur France Télécom. Le Minitel avait été conçu pour fournir un accès rapide et gratuit à l'annuaire électronique constamment à jour des abonnés au téléphone français. Ce fut un prescripteur de communication téléphonique géré par France Télécom. A la différence du simple espace télématique traditionnel qui s'identifiait uniquement au territoire français, la révolution technologique s'est poursuivie avec Internet, pour offrir un espace sans frontières. Elle fut d'une rapidité et d'une ampleur stupéfiante par rapport aux inventions techniques antérieures. A s'en tenir à Internet, elle s'effectua en moins d'une décennie, alors que l'imprimerie, le téléphone, la radio ou la télévision mirent un temps beaucoup plus long pour s'imposer⁵.

En France, Internet s'est étendu en même temps que progressait la déréglementation des réseaux téléphoniques, et qu'apparaissait, conjointement, une extraordinaire expansion de la micro-électronique et des portables (cellulaires et ordinateurs). L'année 1996 représente l'année de l'adoption d'Internet par le grand public en France. C'est cette année que les offres grand public de fourniture d'accès au réseau sont apparues. Elles se manifestent par la simplification et l'élargissement de l'accès à Internet grâce à la diversification des points d'entrée : décodeurs numériques, consoles de jeux, terminaux spécialisés pour le commerce électronique, téléphone portable, et la combinaison avec le développement des

⁴Jean-Jacques LAVENUE, Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis, in *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, presse universitaire d'Aix-Marseille, 1996, p. 811-844

⁵Philippe LE TOURNEAU, Pot pourri (Réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'internet), *Comm. com. électr. janv.* 2004, chron. 1, p. 11 ; Cyril ROJINSKY, Cyberspace et nouvelles régulations technologiques, *D.* 2001, chron., p. 845 ; Michel VIVANT et a., *Le Lamy droit du numérique* 2014, n° 2, p. 2 ; Jean-Pierre CHAMOUX, Internet : vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et lex mercatoria, in *Mélanges Philippe KAHN*, Litec 2000, p. 281-297

communications à haut débit (ADSL, câble...), nécessaire à la convergence des mondes de l'image, de la voix et des données. Internet connaît tout un monde d'acteurs nouveaux, les plus connus étant les fournisseurs d'accès, les fournisseurs d'hébergement, les moteurs de recherche.

La progression et la meilleure performance des infrastructures permettant l'équipement et l'accès au haut et très haut débit ont fait qu'Internet est devenu un prodigieux espace de liberté et un instrument stupéfiant et inattendu d'enrichissement culturel, humain et économique. Des personnes accèdent depuis chez elles, sans effort, à des idées, des images, des livres, des musiques, des informations, et à des marchandises. Cette conjonction d'une révolution technique et d'un changement profond du paradigme juridique des réseaux n'a pas fini de faire sentir ses effets. Il s'agit d'une véritable révolution des comportements, dont Internet est à la fois le témoin vivant et l'accélérateur, donnant ainsi naissance au commerce électronique.

4. Longtemps réservé à l'armée, à la recherche et à l'université, Internet a envahi le grand public et les entreprises. Les échanges inter-entreprises se sont largement développés depuis 1990 en procurant aux entreprises des gains de performance et de productivité, notamment dans la gestion des commandes et des stocks. Les précurseurs ont été le secteur financier avec le transfert électronique des fonds, la transmission d'ordres et d'informations financières et les communautés sectorielles ayant mis au point des systèmes d'échanges informatisés d'information (EDI). Les entreprises ont aussi compris rapidement l'opportunité économique qu'Internet représente et ont proposé des offres de biens et de services en ligne. Cela a donné naissance au commerce électronique. Les entreprises sont contraintes de s'adapter à ce nouvel espace de marché. Cela les conduit donc à repenser l'ensemble de leur stratégie et de leur organisation. C'est toute la chaîne de création de la valeur, des achats au service après-vente, qui est remise en cause, en vue de personnaliser la relation avec les clients. Presque toutes les entreprises présentes dans le commerce traditionnel ont un site Internet permettant la visibilité de leurs activités. Certaines entreprises, au-delà de la visibilité de leurs activités, proposent des offres en ligne avec la possibilité de conclure des contrats sur Internet, et d'autres, la possibilité d'exécuter ces contrats en ligne. De nouvelles entreprises sont créées et exercent exclusivement leurs activités sur Internet. Si certaines comme eBay, Amazon (Amazon a ouvert après sa création des magasins physiques), etc., n'ayant au départ aucun rapport avec le commerce traditionnel, d'autres sont des filiales de grandes sociétés reconnues dans le monde physique. C'est le cas de C-discount qui appartient à Casino, Pixmania (matériels électroniques) qui appartient désormais au groupe britannique Dixon.

Dans le transport, nous avons « Voyages-sncf.com. » (aujourd'hui, l'agence VSC) qui est une filiale qui résulte du partenariat entre la SNCF et le groupe Expedia, ayant pour objet non seulement de vendre des billets de train, mais aussi de louer des voitures ou des chambres d'hôtel. Dans le secteur bancaire, nous pouvons citer Boursorama, et e-LCL qui sont les filiales respectives de La société générale et de LCL. Dans le domaine de la grande distribution, les principales enseignes d'hypermarchés (Auchan, Casino, Intermarché, Leclerc, Système U) ont trouvé le moyen de développer les ventes par Internet en créant des entrepôts de livraisons spécifiques, où les clients viennent retirer leurs achats (toutes les enseignes pratiquant cette formule emploient, pour la désigner, le mot « Drive » accolé à un autre mot). Tout cet ensemble a accéléré le développement du commerce électronique. Le commerce électronique s'est installé dans les habitudes, et est devenu familier, nécessitant alors un encadrement juridique.

5. Le commerce électronique représente 25% de la croissance mondiale, avec une prévision de 30% avant cinq ans. L'Europe affichait en 2008 un volume d'affaires de 106 milliards d'euros. 33% des consommateurs européens ont réalisé en 2008 un achat par Internet, contre 27% en 2006. En France, les ventes en ligne ont progressé de 29% en 2008 pour atteindre 20 milliards d'euros et plus de 25 milliards d'euros en 2009. 10% des achats s'effectuent en ligne, 23 millions de français ont effectué une transaction en ligne en 2009 contre 22 millions en 2008. Le nombre de sites marchands se situait à 48 500 en 2008. Un site marchand se créait par heure. En 2010, la valeur ajoutée de la filière a été estimée à 72 milliards d'euros, soit 3,7% du PIB. Elle représente près de 1,2 million d'emplois dont 700 000 créés entre 1995 et 2010. En 2013, le commerce électronique a continué de progresser sensiblement pour atteindre plus de 50 milliards d'euros en France (contre 10 milliards en 2005). En 2013, 60 % des français sur deux en âge d'acheter ont passé au moins une fois commande sur Internet (contre 13 millions en 2005). Il existait en France, à la fin 2013, plus de 138 000 sites marchands actifs (contre 11 000 au début de 2005). Toutes les heures, deux sites sont créés. Près de la moitié des emplois directs de la vente à distance grand public sont liés au commerce électronique. Les chiffres de l'économie numérique sont plus que spectaculaires. La Fédération des entreprises de commerce électronique et de vente à distance (Fevad) créé en 1975, est en France, l'organisation représentative du secteur du commerce électronique et de la vente à distance, elle publie les données statistiques et donne des informations diverses⁶. Ainsi, le développement harmonieux du commerce électronique

⁶ Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques 2014-2015, 8^e éd., remaniée, mise à jour au 31 janvier 2014, Dalloz 2014, n° 9-10 et s., p. 400 et s.

exige un cadre juridique offrant la sécurité pour permettre la conclusion des contrats, d'une part et d'autre part, pour garantir les droits et les libertés.

6. Un cadre législatif a été mis en place au niveau européen pour accompagner le développement du commerce électronique à travers la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)⁷. Le législateur européen a voulu réguler le commerce électronique parce qu'il est un moyen privilégié de renforcer le marché intérieur. Le commerce électronique de par son caractère naturellement transfrontalier, permettrait de promouvoir un véritable marché intérieur, sans entraves physiques. En effet, le commerce électronique permet d'accéder à un vaste marché et de disposer d'un choix plus large ainsi que de meilleurs prix. Il donne la possibilité aux professionnels d'attirer de nouveaux consommateurs et de proposer leurs produits sur un marché vaste, étendu à l'Union européenne. La mise en concurrence de l'ensemble des fournisseurs européens, sans plus de considération de la distance physique, ainsi que la « transparence tarifaire » que permettrait la comparaison rapide et facile des prix proposés par les divers sites marchands, ouvriraient au consommateur la possibilité d'accéder à une gamme de choix élargi, et à des prix attractifs. Le consommateur peut, contracter sans difficulté avec un fournisseur qui développe son activité dans un État membre autre que celui de son domicile⁸. La confiance dans le commerce électronique est vue comme le moyen de la construction du marché intérieur. Cette confiance exige un cadre juridique pour sécuriser le commerce électronique.

La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique institue au sein de l'Union européenne un cadre juridique pour le commerce électronique garantissant la sécurité juridique pour les professionnels et les consommateurs⁹. Elle établit des règles sur des questions comme les exigences en matière de transparence et d'information imposées aux fournisseurs de services en ligne, les communications commerciales, les contrats par voie électronique ou les limites de la responsabilité des prestataires techniques.

⁷ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique : JO n° L 178 du 17 juillet 2000

⁸ Judith ROCHFELD, La définition du contrat électronique, in L'acquis communautaire. Le contrat électronique (dir. Judith ROCHFELD), éd. Economica Paris, 2010, p. 4-5

⁹ Il faut souligner qu'avant la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique, il y a eu la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la signature électronique transposée par la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électronique qui régit l'écrit et la signature utilisés dans le commerce électronique. Après la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique et sa Loi de transposition, il y a eu de nombreux textes qui visent à encadrer le commerce électronique : nous les verrons dans nos développements ultérieurs.

La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique comporte deux propositions : admettre par principe la validité et l'effectivité du contrat électronique et organiser en corollaire la protection du consommateur. La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique¹⁰, loi française de transposition de ladite Directive commerce électronique, a été fidèle à cette construction, en mettant en relief entre autres, le principe de la transparence de l'information à destination du consommateur, l'encadrement de la publicité en ligne, les conditions de formation du contrat.

Toutefois, si aucune définition du commerce électronique n'est donnée dans la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique, la loi française de transposition, la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, en propose une. Les autorités européennes ont inscrit l'expression commerce électronique dans un intitulé long et entre parenthèses dans un sous-titre de la Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »). L'article de la directive, consacré aux définitions, reste également silencieux sur la notion de commerce électronique et procède par renvoi pour la définition des services de la société de l'information. Le législateur européen n'a même pas formulé une définition terminologique du commerce électronique, simplement destiné à préciser le sens qu'il donne à cette expression¹¹. Il est revenu au législateur français de donner une définition du commerce électronique à travers la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. L'article 14 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dispose en effet que *« le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès à un réseau de communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent »*.

Il résulte de ces dispositions que le commerce électronique recouvre toutes les activités de fourniture de biens ou de services proposées ou réalisées par voie électronique, que ces activités soient rémunérées ou non, qu'elles soient réalisées par une personne publique ou une

¹⁰ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF, n° 0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

¹¹ Olivier CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, éd. L.G.D.J 2002, Thèse Paris II 2001, n° 7, p. 5-6

personne privée. Le législateur français a ainsi retenu une définition très large du concept de commerce électronique.

La définition fournie par l'article 14 se déduit des fonctions du commerce électronique. Si la définition fixait un concept juridique, il s'agirait d'une définition conceptuelle donc déterminante. Mais il s'agit plutôt d'une définition terminologique, qui est censée faciliter la lecture des articles du Titre II de ladite Loi¹². Le caractère large de la définition donnée, n'a pas nécessairement des implications radicales. Il en irait ainsi si à la qualification de commerce électronique était attaché un régime juridique particulier. Mais qu'il s'agisse de penser à la distribution ou d'examiner la construction des contrats qui permettent ce commerce, c'est d'abord vers le droit commun qu'il faut se tourner en dépit de l'existence de règles spéciales. Ces règles spéciales sur le commerce électronique vont devoir se conjuguer avec les règles générales. C'est donc à travers un ensemble de règles très diverses que doit être appréhendé le commerce électronique¹³.

Le législateur n'ayant semble-t-il pas évalué toutes les incidences des nouvelles définitions qu'il a adoptées, il revient de préciser le périmètre des activités couvertes par la notion de commerce électronique en ayant recours aux règles existantes relatives au droit commercial.

En droit romain, le commerce vient du terme « commercium », qui de façon très large, désigne tous les rapports juridiques que les individus entretenaient relativement à l'utilisation de leurs biens. Mais, si cette acception n'a pas complètement disparu de nos jours, elle est cependant passée au second plan, sous l'influence de distinctions économistes pour lesquelles le terme de commerce s'est progressivement doté d'un sens beaucoup plus retreint : non seulement, ce terme ne couvre plus l'utilisation des biens, mais encore il se distingue de l'industrie pour ne plus viser que les seules circulation et distribution des richesses, par opposition à leur production. Dans le droit contemporain, toutefois, le mot « commerce » a conservé une signification qui est en quelque sorte à mi-chemin entre la large acception romaine et l'étroite approche économiste. Le commerce que régit le droit commercial s'entend tout aussi bien de la distribution des produits que de leur fabrication, de l'industrie au sens économique que du négoce et couvre même des activités connexes telles que celles de

¹² Comme illustrations des articles du Titre II qui renvoient à l'article 14, nous pouvons citer l'article 15, I : « Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur... » ou encore l'article 16, I : « L'activité définie à l'article 14 s'exerce librement sur le territoire national à l'exclusion des domaines suivants ... » ou encore l'article 17 : « L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'état membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie... »

¹³ Michel Vivant et a., *Le Lamy droit du numérique 2014*, précité, n° 2626, p. 1681 ; Cyril ROJINSKY et Guillaume TEISSONNIÈRE, « L'encadrement du commerce électronique par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : Principes généraux », *JCP G* 2004, Actualité, n° 405, p. 1457-1459 ; Olivier CACHARD, *LCEN : Définition du commerce électronique et loi applicable*, in *Les journées du Cejem*, 3 juin 2004, *Comm. com. électr.*, sept. 2004, étude 31, p. 53 et s.

la banque, du transport, des assurance, etc.¹⁴ Le commerce au sens juridique du terme renvoie donc aux activités exercées à titre professionnel, ayant pour objet des opérations répondant à la qualification d'actes de commerce. Le commerce électronique est donc « *l'expression désignant les transactions commerciales entre entreprises et particuliers (dite « B2C » pour : business to consumer ») ou entre entreprises (« B2B » pour « business to business»), portant sur des biens ou des services et représentées par la transmission et le traitement par des réseaux informatisés (internet, par exemple) de données numériques pouvant correspondre à du texte, à des sons ou à des images »*¹⁵.

L'encadrement du commerce électronique par de nouvelles règles n'est donc pas exclusif de l'application des dispositions existantes relative au Code de commerce, au Code civil, au Code de la consommation, etc. L'ensemble des règles existantes dans le commerce traditionnel s'applique aussi au commerce électronique. Le commerce électronique est de ce fait régi par les règles du droit commercial.

7. Le droit commercial est le fruit d'une longue tradition. Un corps de règles a été élaboré pour répondre aux exigences d'une catégorie de professionnels, les commerçants. Les commerçants mettent à profit toutes les innovations de la technologie pour exercer leur activité. L'environnement commercial classique s'est transformé en profondeur, avec l'arrivée d'Internet. Les possibilités offertes par le réseau Internet ont modifié les outils de l'exercice de l'activité commerciale permettant l'arrivée d'un nouvel acteur nommé le cybercommerçant. Ce nouvel acteur est soumis aux règles commerciales classiques qui permettent de l'identifier en tant que commerçant comme le commerçant traditionnel. Toutefois, il se distingue du commerçant traditionnel par le fait qu'il exerce ses activités dans le cyberspace.

8. La notion de cybercommerçant doit être vue au regard de la définition du commerçant fournie par le droit commercial qui distingue les commerçants personnes physiques et les commerçants personnes morales. D'une part, pour les commerçants personnes physiques, l'article L. 121-1 du Code de commerce affirme que « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Les actes de commerce sont énumérés dans l'article L. 110-1 du Code de commerce. La liste ainsi énoncée n'a pas un caractère limitatif. Toutes ces activités sont transposées sur Internet. Ainsi, les actes de

¹⁴ Jacques MESTRE et Marie-Ève PANCRAZI, Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international, 28^e éd. L.G.D.J., 2009, p.1-2

¹⁵ Lexique des termes juridiques 2014-2015, 22^e éd. Dalloz, 2014, Voir commerce électronique

commerce se résument dans la commercialisation des biens et services effectuée par le cybercommerçant. D'autre part, pour les commerçants personnes morales, la loi recourt volontiers au critère de la commercialité en raison de la seule forme. L'article L. 210-1 du Code de commerce énonce que : « *Le caractère commerciale d'une société est déterminée par sa forme ou par son objet. Sont commerciales en raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ».

Une personne est commerçante soit parce qu'elle a pour objet l'accomplissement d'actes de commerce, soit qu'elle revêt une forme qui lui confère de plein droit la commercialité. Qu'elle tire sa commercialité de son objet ou de sa forme, la personne qui exerce ses activités sur Internet est soumise au statut général des commerçants, et donc aux mêmes droits et obligations que les commerçants traditionnels. La qualité de commerçant entraîne toujours de nombreuses conséquences commerciales, comptables, sociales ou fiscales.

En outre, les règles encadrant le statut de commerçant ne font pas de distinction entre celui qui exerce uniquement dans le commerce physique (commerçant traditionnel), celui qui commercialise ses produits exclusivement sur Internet (pur cybercommerçant), et celui qui utilisent à la fois le canal traditionnel et Internet (cybercommerçant mixte).

Il ressort de cela que le pur cybercommerçant, le cybercommerçant mixte, ou le commerçant traditionnel, se voient appliquer des règles identiques provenant du droit commercial. Ainsi, que ce lieu soit virtuel et transfrontière, ces circonstances ne changent rien au statut de commerçant du cybercommerçant. Elles lui confèrent seulement des caractères propres imposant une réflexion juridique originale. Cette réflexion permet de découvrir que le cybercommerçant est un commerçant particulier, qui se distingue du commerçant traditionnel par le fait qu'il exerce ses activités dans le cyberspace.

9. Le cybercommerçant pour exercer ses activités doit s'installer dans le cyberspace. Le cyberspace résulte de la contraction des termes cybernétique et espace. Le terme cyber¹⁶ vient du grec « kubernân » qui signifie « gouverner ». « Cyber » est donc un préfixe désignant ce qui a trait à l'utilisation du réseau Internet. C'est un élément tiré de cybernétique et employé dans des composés dans le contexte des réseaux de communication numériques. La cybernétique est l'étude des processus de commande et de communication chez les êtres vivants, dans les machines et les systèmes sociologiques et économiques. Le cyberspace est un espace de communication créé par l'interconnexion mondiale des ordinateurs ; espace, milieu dans lequel naviguent les internautes. Le cyberspace désigne de ce fait un espace

¹⁶ Dictionnaire Le petit Larousse 2014

virtuel rassemblant la communauté des internautes et les ressources d'informations numériques accessibles à travers les réseaux d'ordinateurs¹⁷.

Par contre, son caractère virtuel appelle plus de précisions. Le terme « virtuel », au sens commun, est souvent opposé à « réel ». En qualifiant le cyberspace d'espace virtuel, l'on fait référence au caractère immatériel des échanges dont il est le support. Il ne génère aucune réalité tangible. La nature du cyberspace est autre que matériel car l'information qui y circule est insaisissable, du fait de sa nature numérique. La virtualité du cyberspace est en effet liée à la numérisation des échanges. Toutes les données transitant par Internet sont préalablement converties en valeurs numériques manipulables par ordinateur. Par cette transformation en bits (séries de 0 et de 1) des contenus en ligne, Internet permet uniquement la circulation des données numériques, c'est-à-dire virtuelles quelles qu'en soit leurs représentations finales : textes, images, sons ou vidéos¹⁸.

Internet offre au cybercommerçant un cadre lui permettant d'exercer ses activités. Ce cadre, c'est le cyberspace. Ainsi, pour obtenir sa présence dans le cyberspace, l'opérateur doit obligatoirement avoir un site Internet et un nom de domaine. Cet espace virtuel est donc le résultat des techniques de communication à distance à savoir Internet et des contenus numérisés créant ainsi un lieu d'échange, un espace de transactions commerciales qui se manifeste par la dématérialisation des activités du cybercommerçant. C'est cette dématérialisation des activités qui permet au cybercommerçant de se distinguer du commerçant traditionnel.

10. L'immatérialité de cet espace se manifeste par le fait qu'il n'a pas de substance physique, tangible. Il faut que le support soit matériel pour que l'abstraction du droit le saisisse aisément. L'on observe que la considération directe d'un immatériel factuel, c'est-à-dire d'une réalité concrète sans corporéité, suscite des questions. Ainsi, combien de débats à propos de la personnalité lorsqu'elle porte sur un groupement ! Quelle alarme lorsque la propriété porte sur des valeurs mobilières dématérialisées ! Le droit, dans sa vaillance, s'emploie tout à la fois à se concrétiser et à faire sien des phénomènes immatériels. Les nouvelles techniques de communication, la mise en place d'une économie de l'information et plus encore de l'économie comme information, la dématérialisation des flux et des actes pouvaient remettre en cause les règles générales issues du droit existant. Mais, le droit ne se réduit pas seulement à un recueil de règles et de prescriptions normatives, il constitue aussi

¹⁷ Pour les définitions de cyberspace, cybernétique et cyber, voir le Dictionnaire Le Petit Robert 2014

¹⁸ Philippe AMBLARD, Régulation de l'internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif, op. cit., n°13-14, p. 7

une technique analytique qui consiste à disposer dans des cadres rationnels l'ensemble des choses, des faits et des gestes d'une communauté. Cette technique procède par toute une série d'instruments logiques d'assimilation de l'inconnu au connu et de fictionnement des situations¹⁹. Les règles existantes intègrent les objets nouveaux et les contrats créés par la pratique et nécessaires pour permettre au cybercommerçant d'être présent dans le cyberspace.

11. Dans un premier lieu, le cybercommerçant doit conclure des contrats pour être présent dans le cyberspace. Ces contrats sont donc intimement liés aux particularités techniques du réseau Internet qui nécessite de pouvoir y accéder, d'être accessible et visible. Ainsi, de nouveaux contrats ont été forgés par la pratique. Même s'ils adoptent une forme parfois très sommaire, même si le vocabulaire dont ils usent est bien peu juridique, il s'agit bien de contrats, appartenant à des catégories nommées dans le Code civil comme les contrats de louage de chose ou d'ouvrage, de mandat, etc. Certains de ces contrats permettent d'accéder au réseau numérique, d'autres permettent d'enregistrer le nom de domaine, d'autres encore permettent de créer et d'héberger le site électronique. C'est donc à travers tout un jeu de contrats que le cybercommerçant pourra s'installer sur le réseau numérique. Le fait est que les contrats à mettre en œuvre sont multiples. Cependant, aucun régime *sui generis* n'existe pour ces contrats. Ils sont en conséquence soumis aux dispositions de droit commun prévues par le Code civil, et éventuellement, le Code de commerce ou encore le Code de la propriété intellectuelle. On s'aperçoit clairement que les types de contrat utilisés pour permettre au cybercommerçant d'être dans le cyberspace, ne présentent aucun caractère de nouveauté. Ils renvoient aux contrats classiques et sont parfaitement intégrés dans le droit commun.

12. Dans un deuxième lieu, l'évolution des technologies et des pratiques commerciales a conduit à la création de nouveaux objets, non prévus par les rédacteurs initiaux des lois en la matière. Ces objets sont le site Internet, le nom de domaine, les logiciels, les bases de données, etc. Toutefois, ces objets ne posent pas de problème et ils ont pu être intégrés dans l'ordre juridique existant. Ils sont régis par le droit de la propriété intellectuelle, le droit civil et le droit commercial. Une telle conception de l'immatérialité du monde et des transformations qu'engendre Internet ne remet nullement en cause la tâche et la légitimité du droit. Le droit a essentiellement pour vocation de ramener les nouveaux faits et modes de

¹⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, L'immatériel à travers la virtualité, in Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p. 140 ; Pierre CAYE, La condition immatérielle du monde et la question du droit, in Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p. 225-232 ; Alain PIEDELIEVRE, Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, in Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle (Études réunies en l'honneur de Michel Juglart), L.G.D.J. 1986, p. 55-62.

comportement dont Internet favorise nécessairement l'apparition aux catégories traditionnelles de l'ordre social et aux structures fondamentales de l'agir qu'elles expriment. Le droit existant peut s'appliquer aisément aux phénomènes immatériels, car les règles générales sont souples, malléables, extensibles quant à leur objet.

Toutefois, la dématérialisation pose des problèmes pour le cas spécifique du cybercommerçant lors de l'exercice de l'activité. La dématérialisation des flux et des actes suscitent dans certaines situations, des difficultés d'application des règles existantes.

13. Depuis quelques années, l'activité commerciale est confrontée à un nouveau défi : celui d'Internet. Ainsi, l'avènement d'Internet a permis la dématérialisation complète du magasin, ne nécessitant alors plus qu'un support de présentation de leurs offres à travers le site Internet et le nom de domaine permettant d'avoir accès au site, une logistique et un système d'acheminement des commandes jusqu'aux clients. Les spécificités techniques du commerce électronique ont modifié en profondeur le paysage de l'activité commerciale, le rendant plus attractif, mais aussi plus incertain. Il faut des lois adaptées aux activités du cybercommerçant, des lois claires et aptes à suivre les progrès quotidiens de la technique. Elles doivent donc être mûrement réfléchies. Les échanges en ligne sont en plein essor, et des théories doivent être proposées qui soient attentives aux évolutions techniques et aux pratiques professionnelles. Les différentes théories sont confrontées à une matière immatérielle, à des relations virtuelles, à une internationalité imperceptible et omniprésente. La dématérialisation a un impact sur l'activité du cybercommerçant. Elle permet la création d'une activité nouvelle avec la problématique l'accompagnant, pose des incertitudes relatives au statut professionnel et fait ressortir des difficultés concernant les relations contractuelles.

14. D'abord, la dématérialisation permet de créer une opération nouvelle se traduisant par la circulation ou la transmission des valeurs immatérielles dans l'univers du cybercommerçant. Cette opération nouvelle pose des problèmes tant au niveau du droit fiscal que du droit de la propriété intellectuelle. Compte-tenu du caractère nouveau de cette activité, qui est spécifique au cybercommerçant, la question centrale réside dans la détermination de la qualification juridique et dans la définition du régime fiscal dans un premier temps, et dans un deuxième temps, du régime de responsabilité extracontractuelle applicable dans le but de lutter contre les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle.

D'une part, au niveau du droit fiscal, ces nouveaux commerçants, appelés cybercommerçants ont l'avantage de pouvoir proposer leurs biens et services à destination de plusieurs pays en n'étant établis que dans un seul point du globe. A travers le réseau numérique, les produits

circulent librement dans presque tous les pays du monde. Ainsi, la première des situations, la plus courante, est celle du commerce de marchandises « physiques » traditionnelles, mais effectué par le biais du réseau numérique. Dans ce cas, Internet ne fait qu'apporter au commerçant un canal nouveau, de commercialisation très performant. La deuxième des situations, est celle de la prestation de services. Ces prestations concernent l'assurance, la banque, les voyages, et les autres services. La prestation de service et la livraison de biens hors ligne sont des opérations identiques à celles pratiquées par le commerçant traditionnel. Toutefois, il arrive des cas où le cybercommerçant ne propose plus simplement la vente d'un bien matériel, ou la prestation d'un service, mais la transmission dématérialisée de données télématiques : film, musique, journal, livre. Une telle opération, généralement qualifiée de « téléchargement », bascule alors dans le domaine du tout numérique. Le téléchargement est une opération nouvelle qui est née avec l'arrivée d'Internet. Toutefois, dans un environnement numérique qui voit les objets se dématérialiser, la distinction entre objets matériels et objets immatériels a tendance à se brouiller. Cette opération nouvelle ne pouvait rester en dehors de la fiscalité puisqu'elle est une activité économique qui génère des bénéfices. Il reste une difficulté majeure à résoudre qui tient à la qualification juridique de l'opération de téléchargement afin de lui appliquer un régime fiscal.

Les progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication sont d'autre part, source de bouleversements dans la diffusion et l'utilisation des biens protégés par le droit de la propriété intellectuelle. Aujourd'hui, tout type de contenu peut être dématérialisé, répliqué, diffusé et partagé à grande échelle. Il y a de ce fait la dématérialisation croissante des activités et des relations humaines. Presque tout est immatériel : les données (fichiers textes, musiques, films, photographies, journaux, carnets d'adresses, calendriers, livres, etc.), comme le transport jusqu'au lieu de stockage virtuel, le « nuage », métaphore exprimant l'endroit virtuel, « dans le ciel », où le client va déposer ses affaires²⁰. En dépit de ses bienfaits évidents, la révolution numérique, vecteur de libre expression et de libre information, n'est pas sans produire d'effets sur les droits de propriété intellectuelle. Or, ces droits sont omniprésents dans l'environnement du cybercommerçant. Le développement d'Internet favorise la numérisation massive des œuvres et l'accès du public aux contenus numériques ; dès lors la protection de ces contenus est mise en péril par la croissante facilité de visionnage, de reproduction et de transmission sans perte de qualité. Les pratiques illicites sont massives et évoluent en se servant des moyens nouveaux et performants fournis par

²⁰ Pierre-Yves GAUTIER, Du contrat de dépôt dématérialisé : L'exemple du « cloud computing », in La communication numérique, un droit, des droits (Dir. Bernard TEYSSIÉ), éd. Panthéon Assas, 2012, p. 157 ; Guillaume BLANC-JOUVAN, Le droit d'auteur face au téléchargement, in La communication numérique, un droit, des droits (Dir. Bernard TEYSSIÉ), éd. Panthéon Assas, 2012, p. 227-228

Internet. L'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle débutée avec le téléchargement illégal à travers l'utilisation des logiciels pair à pair se reporte inévitablement, sur des technologies permettant de préserver l'anonymat d'une part, et d'autre part, sur de nouveaux modes de partage des œuvres sur Internet comme la lecture continue (streaming en anglais) et l'informatique en nuage (Cloud computing en anglais). Par ailleurs, la multiplication des acteurs, et notamment des fournisseurs d'hébergement avec l'évolution de leurs activités, soulève des questions relatives aux différentes responsabilités extracontractuelles encourues. Ce nouvel usage illicite des œuvres sur Internet cause des difficultés et l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle est devenue un phénomène de société de grande ampleur. Cela a des conséquences sur le commerce électronique. Le cybercommerçant peut être auteur ou victime de contrefaçon ou simplement les internautes peuvent craindre de conclure des contrats sur Internet si les activités illicites sont nombreuses. Il est donc nécessaire d'assainir l'environnement du cybercommerçant en vue de favoriser le développement du commerce électronique.

15. Ensuite, la dématérialisation a un impact sur le statut professionnel. A travers la dématérialisation, l'échange se produit entre des personnes « virtuelles » définies par un ensemble d'informations et accessibles presque partout. Cela pose le problème d'identité réelle et de localisation du professionnel.

En commerce électronique, parce que la technique permet de brouiller les identités et de fermer un site marchand en un temps record, se pose un problème majeur : celui de la tentation du cybercommerçant à s'affranchir des formalités d'accès au statut de commerçant de droit. Précisons donc que les personnes pour lesquelles l'accès à la profession commerciale est fermé, que ce soit pour cause d'incompatibilité professionnelle ou d'interdiction ou d'incapacité, ne peuvent exercer le commerce sur support électronique. Mais, les facilités avec lesquelles Internet permet de brouiller les identités sont telles que la détection d'une violation de ces dispositions ne sera pas toujours chose aisée²¹.

En outre, des activités traditionnellement réglementées par des États sont exercées sur Internet. L'accès à la profession commerciale se heurte à des difficultés provenant de la réglementation nationale des activités. Les cybercommerçants doivent en principe obéir à un statut pour pouvoir exercer leur activité en toute légalité. Or, le site Internet rend accessibles sur le territoire des activités exercées par des opérateurs étrangers qui ne répondent pas toujours aux conditions du statut local. L'exercice d'une activité réglementée en ligne sans

²¹ Jacques MESTRE et Marie-Ève PANCRAZI, Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international, 28^e éd. L.G.D.J., 2009, p. 563

jouir du statut professionnel adéquat, peut donc être considéré comme une atteinte au monopole reconnu à une profession : les ventes aux enchères publiques, les officines en ligne, les opérations de banque, les intermédiaires financiers proposant des services de courtage en ligne, etc.

Aussi, en matière de fiscalité, il est acquis, tant en droit interne qu'en droit international, que l'installation fixe d'affaires, caractérisée par un établissement stable, constitue le critère de répartition du droit d'imposer entre les souverainetés fiscales. Or, très fréquemment, avec le commerce électronique, il n'y a pas de lien entre la création d'un revenu et la localisation géographique de l'opération. Il est pourtant impératif de déterminer l'État compétent pour imposer les résultats de cette nouvelle forme de commerce. Les États ne peuvent laisser leur assiette imposable se réduire par le jeu de l'évasion fiscale ou des situations de non-imposition que peuvent permettre les sites Internet. Les entreprises exerçant leurs activités sur Internet, ont besoin de sécurité juridique : l'indétermination du lieu d'imposition de leurs opérations peut conduire à des situations de double imposition.

16. Enfin, la dématérialisation produit ses effets dans les relations contractuelles à travers le processus contractuel imposé par le support électronique en l'absence des parties contractantes. Les contrats du cybercommerçant présentent une certaine originalité due à l'incidence de la technologie. L'incidence de la technologie pose dans un premier temps, le problème de l'identité réelle des parties contractantes. En raison du défaut de présence physique des parties, il n'est pas possible de savoir qui est derrière l'écran de l'ordinateur, lors de la conclusion des contrats. Or, cette interrogation est de nature à avoir des répercussions sur la validité de l'engagement contractuel dans la mesure où le cybercommerçant ne peut être certain de la capacité de son cocontractant à conclure des contrats. En outre, le cocontractant du cybercommerçant peut s'engager sur la base d'un déficit d'informations ou d'informations erronées alors que la validité du contrat suppose un consentement réfléchi et éclairé.

L'incidence de la technologie porte dans un deuxième temps, sur le fait qu'elle impose un processus contractuel spécifique. Le processus contractuel dans l'univers du cybercommerçant se manifeste par la disparition d'une part, de l'empreinte physique de l'homme et de celle du support traditionnel de l'écrit : le papier et, d'autre part, par l'utilisation d'un geste électronique à savoir le « clic » marquant l'acceptation de l'offre. L'utilisation du système informatique pour conclure le contrat peut remettre en cause les exigences traditionnelles liées à la forme et au fond du contrat et à la preuve du contrat. Cela

pose le problème de la validité du contrat électronique et de sa preuve. Il faut donc s'assurer de la fiabilité du système informatique utilisé pour conclure le contrat et en faire la preuve.

17. Il ressort de tout cela que les cybercommerçants sont des commerçants qui déploient leurs activités dans le cyberspace par l'utilisation de l'outil informatique. Les activités du cybercommerçant sont de ce fait, accessibles dans presque tous les pays. Le cyberspace ne livre pas ses dimensions. Mais, il a des acteurs, ses techniques, son langage, ses bienfaits et ses débordements. Ainsi, la dématérialisation des activités du cybercommerçant pose deux séries de problèmes dues à l'ubiquité et à la dépersonnalisation.

D'une part, l'ubiquité se manifeste par la possibilité d'être présent en plusieurs lieux à la fois. Le site Internet du cybercommerçant est en effet accessible dans presque tous les États. De ce fait, les activités sont exercées en direction de presque tous ces États. Or, ces activités sont régies par des règles que chaque État détermine, ces règles pouvant être différentes d'un pays à un autre. Il est important de confronter ubiquité et territorialité, dès lors que la territorialité apparaît comme traduisant l'idée que le territoire est la matrice des compétences de l'État. On peut voir ce dernier comme le principe majeur énonçant la maîtrise de l'État sur son territoire et le champ d'application spatial ordinaire de ses normes. Mais, la particularité du cyberspace est de se jouer des frontières. Il ignore les territoires.

D'autre part, la dépersonnalisation des relations se caractérise par le défaut de présence physique des parties contractantes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. La dépersonnalisation suscite indiscutablement quelques difficultés inhérentes au procédé utilisé dans les relations avec les tiers. Celui-ci s'inscrit en contradiction avec le monde traditionnel, par l'utilisation des machines, donc de la technique. Il suffit d'un clic de souris, pour qu'en un laps de temps, les contrats soient conclus entre absents, sans qu'on ne puisse identifier clairement les différents acteurs, ni vérifier les informations d'identification fournies. L'utilisation du réseau numérique entraîne des incidences de la technique sur le droit. En effet, le support électronique impose d'abord la disparition du support papier et ensuite, son processus contractuel à travers le clic qui révèlent dans certains cas, l'inadaptation du droit existant.

18. C'est pour cela que l'essor d'Internet a suscité dans les premiers temps, un discours stigmatisant un soi-disant vide juridique : le droit n'aurait pas prévu l'arrivée du réseau numérique. Cette dénonciation du vide juridique repose parfois sur la méconnaissance du système juridique. En réalité, le plus souvent, il s'agit d'une dénonciation de l'inadaptation du

droit. En outre, des auteurs²² ont proposé de considérer, l'existence d'un nouvel espace qui justifierait l'application de règles autonomes. En effet, ces derniers contestent la souveraineté des États sur Internet. Le cyberspace devient donc un espace autonome, séparé du territoire des États. Selon cette analyse, Internet annonce le crépuscule de la souveraineté étatique : il serait régi par un corps de règles autonomes. Le monopole de l'État, grâce à la territorialité, ou des États grâce aux alternatives normatives, est mis en question par des prétentions normatrices concurrentes. La mise en cause du monopole normateur des États n'est pas tout à fait nouvelle. C'est au contraire une problématique presque inhérente au développement des échanges. Celui-ci a été à l'origine de toute une réflexion sur l'émergence d'un droit international d'origine privée et sur la possible contribution des personnes privées à l'élaboration du droit international. Ainsi, à propos du développement d'Internet, on évoque une *lex electronica*, par analogie avec la *lex mercatoria*. On emploie aussi l'idée d'autorégulation, d'un droit spontané qui ne s'appuie pas sur un territoire, ni quand il se forme ni quand il s'applique. Mais, la *lex electronica* trouve ses limites dans la mesure où le cybercommerçant ne s'adresse pas uniquement à des professionnels, mais il établit aussi des relations avec des consommateurs. Ce qui implique l'application des règles protectrices des consommateurs.

Quelques soient les motivations des adeptes de la thèse du vide juridique, ou de l'autonomie, la réponse du Conseil d'État n'a pas tardé : « *l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs de l'internet et des réseaux* »²³. Il est aussi indispensable d'associer les acteurs privés à la sécurisation des transactions électroniques. Dès lors, le discours sur le vide juridique ou l'autonomie des règles, a cessé de prospérer. La souveraineté étatique s'exerce dans le cyberspace et en particulier sur le cybercommerçant, en vue d'encadrer le commerce électronique. En effet, si l'État n'encadre pas le commerce électronique, cela va créer l'anarchie. Or, l'anarchie ne profite pas au commerce, car le cybercommerçant ne pourra exercer son activité librement, et les internautes n'auront pas confiance pour conclure des contrats sur Internet. Cette crise de confiance fera disparaître le commerce électronique et le cybercommerçant, acteur essentiel du commerce électronique.

19. Dans cette perspective, le cybercommerçant en sa qualité de professionnel du commerce, s'impose comme le personnage clef de la mise en œuvre d'un commerce

²² Christian PIERRET, Pour un cadre réglementaire souple et léger, *Droit et patrimoine*, 1997, n° 55, p. 62 et s. ; Thibault VERBIEST, Un tour d'horizon en droit belge et en droit européen, *Expertises* 2000, p. 416 ; Cyril ROJINSKY, *Cyberspace et nouvelles régulations technologiques*, D. 2001, p. 844 et s.

²³ Rapport du Conseil d'État : Internet et les réseaux numériques, Paris : La documentation française, 1998, Réf. 984001519, p. 14, disponible sur le site www.ladocumentationfrancaise.fr

électronique loyal, organisé et adapté aux nécessités de ce nouveau marché. Il faut que l'État organise le commerce électronique pour permettre sa sécurité et son développement harmonieux. La sécurisation du commerce électronique ressuscite le débat sur la volonté et la capacité d'intervention des États pour exercer leur pouvoir régulateur en même temps que sur l'efficacité et l'adéquation de cette intervention. L'objectif est d'anéantir les effets néfastes de l'ubiquité et de la dépersonnalisation dans le but de sécuriser l'environnement du professionnel du commerce électronique. La sécurisation du commerce électronique pourrait s'opérer de deux manières : soit à travers l'application des règles générales qui proviennent du droit commun à tous les commerçants, soit à travers l'élaboration de règles spéciales donnant lieu à un droit spécifique au cybercommerçant.

Monsieur le professeur Bernard SAINTOURENS²⁴ a fait la distinction entre droit commun et droit spécial. Le droit commun est « *toute disposition dont l'objet ou le domaine d'application est soit indéfini, soit défini mais servant de texte de référence à des dispositions à objet plus restreint* ». Le droit spécial est « *toute disposition dont l'objet ou le domaine d'application matériel ou géographique, est défini et en même temps soustrait à la règle d'application plus large portant sur la même matière, dans laquelle elle est susceptible de s'intégrer* ».

Cette distinction est confirmée par un auteur²⁵ en ces termes : « *Dans les régimes juridiques pluralistes du passé, le droit commun érigé en un véritable système, avec ses valeurs, et ses méthodes propres a joué un rôle bien plus important. Au-dessus des statuts d'application restreintes, des droits particuliers à une catégorie de personnes, à une matière ou à un territoire, il représentait l'ordre, l'unité, la rationalité. Mais en même temps, il contribuait à légitimer ces droits particuliers qu'il n'avait pour fin d'éliminer, mais qu'il cherchait le plus souvent à discipliner, à ordonner* ».

20. Pour neutraliser les effets néfastes de l'ubiquité et de la dépersonnalisation, peut-on appliquer au cybercommerçant les règles relatives au commerçant traditionnel alors qu'elles ont été édictées et interprétées pour un contexte matériel ?

Faut-il transposer uniquement les éléments juridiques et éprouvés du monde traditionnel des affaires, ou adopter des règles spécifiques à cette nouvelle forme de commerce marquée par la dématérialisation ?

²⁴ Bernard SAINTOURENS, Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial, Thèse Bordeaux 1986, Introduction, n° 5, p. 17

²⁵ Jean-Louis THIREAU, Droit commun, in Dictionnaire de la culture juridique, (Dir.) Denis ALLAND et Stéphane RIALS, éd. PUF 2003, p. 446

Les questions juridiques suscitées par le commerce électronique confirment la pertinence des règles générales parfaitement applicables au cybercommerçant, même si certaines adaptations sont nécessaires. C'est pour cela que nous pouvons affirmer que pour sécuriser et développer le commerce électronique, il faut appliquer au cybercommerçant le droit commun à tous les commerçants.

21. En définitive, le cybercommerçant est un commerçant qui exerce ses activités sur Internet, lequel est un espace virtuel. Il est dans le cyberspace et devient de ce fait, une personne virtuelle à cause de la dématérialisation. Cependant, la personne virtuelle n'est que l'avatar d'une personne physique ou morale localisée dans un État : Internet n'élimine donc pas tous les facteurs de rattachement. De plus, les effets des activités du cybercommerçant sont ressentis hors du cyberspace, par des personnes physiques ou morales qui interviennent sur le marché physique ou dans un territoire, donc dans un État. Enfin, le défaut de présence physique des parties et l'utilisation du support électronique imposent de sécuriser leurs relations. Le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel par la dématérialisation de ses activités qui implique ubiquité et dépersonnalisation.

Dans un premier temps, l'ubiquité se manifeste par le fait que le cybercommerçant à travers son site Internet, est présent partout. L'on retrouve la difficulté de l'appréhension juridique des situations comportant un élément d'extranéité avec conflit de lois ou de juridictions. L'examen du droit international privé montre qu'il existe dans la plupart des cas, plusieurs critères de compétence qui peuvent déboucher sur la désignation d'un ou de plusieurs États. Rattaché à un État, le cybercommerçant se verra appliquer les règles du droit existant. Ces règles concernent le statut professionnel et, les instruments de l'activité.

Dans un deuxième temps, la dépersonnalisation des relations implique le défaut de présence physique des parties contractantes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. Ainsi, la relation contractuelle repose sur des machines (ordinateur, téléphone mobile) qui imposent de ce fait un processus technique, en l'absence des protagonistes. Cela nécessite de bien identifier les différents acteurs dans l'exercice de l'activité, et de sécuriser leurs relations tant contractuelles qu'extracontractuelles. Certes, les règles générales le permettent, mais il faut dans certains cas, une adaptation pour tenir compte de la technique utilisée pour conclure le contrat.

L'objectif est de faire en sorte que l'activité soit exercée dans les mêmes conditions que celles du commerce traditionnel, et que le cybercommerçant bénéficie de la même protection que le commerçant ordinaire. Il faut, pour y arriver, anéantir les effets néfastes de l'ubiquité et de la

dépersonnalisation qui en constituent les obstacles. L'application des règles générales au cybercommerçant permet d'une part, la neutralisation de l'ubiquité (Première partie), et d'autre part, la neutralisation de la dépersonnalisation (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA NEUTRALISATION DE L'UBIQUITÉ

« Il y avait à Montmartre, dans la rue de l'Abreuvoir, une jeune femme prénommée Sabine, qui possédait le don d'ubiquité. Elle pouvait à son gré se multiplier et se trouver en même temps, de corps et d'esprit, en autant de lieux, qu'il lui plaisait souhaiter »²⁶.

22. Dérivé du latin « *ubique* » qui signifie « *partout* », l'ubiquité est définie comme « *la possibilité d'être présent partout dans un même instant* »²⁷.

L'ubiquité est la possibilité d'être présent en plusieurs lieux à la fois. C'est la situation dans laquelle se trouve le cybercommerçant. En effet, étant donné le caractère mondial, sans frontière du réseau numérique, le site Internet du cybercommerçant est perceptible partout dans le monde. Et du coup, le professionnel du commerce électronique est accessible en même temps dans tous ces États.

23. Cette notion d'ubiquité utilisée en littérature, théologie, biologie, mathématiques, informatique, écologie, géographie, sociologie, s'inscrit aussi comme une notion juridique. La notion d'ubiquité s'est retrouvée en droit pénal, à travers l'émergence de la théorie de l'ubiquité²⁸. Il en résulte que le problème à résoudre au niveau du cybercommerçant est du même type que celui connu par le droit pénal international.

La localisation d'une infraction sur le territoire français ne pose aucun problème lorsque ladite infraction s'est intégralement déroulée en France. En revanche qu'un élément d'extranéité apparaisse, et alors se pose aussitôt la question de la localisation de l'infraction.

Dès 1882, la jurisprudence a opté pour une équivalence des faits constitutifs de l'infraction, ce que la doctrine désigne sous l'expression de « théorie de l'ubiquité ». Elle triompha lors de la session de Cambridge tenue par l'Institut de droit international en 1931, après avoir été défendue par la doctrine²⁹. Elle est un compromis ou plutôt une juxtaposition de la théorie de l'action et de la théorie du résultat. La théorie de l'action localise l'infraction, à travers le fait générateur, et donc attribue compétence aux tribunaux et lois de l'État sur le territoire duquel le délinquant a agi. La théorie du résultat retient la compétence des tribunaux et lois de l'État

²⁶ Marcel AYMÉ, *Le passe-muraille*, « Les Sabines », Paris, Gallimard 1961, p. 23

²⁷ Dictionnaire Le Petit Robert 2014, voir Ubiquité

²⁸ Voir David CHILSTEIN, *Droit pénal international et lois de police : Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Thèse Paris I, éd. Dalloz 2003, n° 324 et s., p. 167 et s.

²⁹ Voir René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, 3^e éd., Sirey 1913, t. 1, n° 171 ; Maurice TRAVERS, *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, Paris, Sirey 1920, t 1, n° 115, p. 177 ; Jean-André ROUX, *Cours de droit criminel français*, Paris, 2^e éd., Sirey, 1927, t. 2, p. 130

sur le territoire duquel se sont produits les effets de l'infraction, c'est-à-dire, les conséquences dommageables de l'infraction. Un compromis doctrinal a donc été trouvé : le tribunal compétent est celui ou du fait générateur ou de la réalisation du dommage. La jurisprudence a préféré ne pas choisir, puisqu'elle applique indifféremment la théorie de l'action et la théorie du résultat. La théorie de l'ubiquité localise une infraction indifféremment au lieu de la réalisation de l'acte ou en celui de la production du résultat, rendant cumulativement compétents les lois et tribunaux de ces deux endroits.

24. La théorie de l'ubiquité appliquée par la jurisprudence, permettait de considérer que l'infraction est commise partout où sont localisés ses différents faits constitutifs, le cas échéant dans plusieurs lieux différents. La solution adoptée repose clairement sur l'hypothèse du délit plurilocalisé, encore dit délit complexe, dans laquelle le fait générateur et le dommage s'observent dans des États distincts. Cette situation semble bien être la plus fréquente en matière internationale.

La théorie de l'ubiquité ou de l'indifférence a inspiré la rédaction du Code de procédure pénale et du Code pénal. Elle permet au juge d'affirmer systématiquement sa compétence en rattachant au territoire français l'action ou le résultat d'une infraction³⁰. Elle est consacrée par l'article 113-2 du Code pénal, en vertu duquel « *une infraction est réputée commise sur le territoire français dès lors que l'un de ses faits constitutifs a lieu sur le territoire français* ».

25. L'ubiquité se retrouve aussi sur Internet. Internet est un phénomène technologique nouveau offrant la possibilité de bouleverser les équilibres économiques acquis. Il permet au cybercommerçant de développer de nouveaux réseaux de circulation de l'information et de nouveaux modes de commercialisation de produits. Il permet d'attirer une clientèle se trouvant dans le monde entier. Ainsi, le cybercommerçant, installé en un seul endroit, parvient à développer son activité dans presque tous les pays. L'ubiquité de l'activité du cybercommerçant est susceptible de causer certaines difficultés concernant d'une part, la sécurité juridique de l'opérateur du commerce électronique et d'autre part, l'exercice de la souveraineté des États.

26. Dans un premier temps, nonobstant les avantages d'Internet et des possibilités qu'il offre, l'ensemble des dangers qu'il présente pouvait faire craindre un déficit de confiance du cybercommerçant. En effet, le site Internet étant accessible dans tous les pays du monde, le cybercommerçant se verrait localisé dans tous ces pays. La conséquence est qu'il serait donc

³⁰ André HUET, Le droit pénal international, LPA 10 nov. 1999, n° 224, p. 39

soumis à toutes les législations du monde et à une compétence universelle de toutes les juridictions. Il y a là une insécurité juridique pour le cybercommerçant qui ne peut pas respecter toutes les lois du monde.

27. Dans un deuxième temps, la souveraineté de l'État présuppose l'effectivité du contrôle de tout ce qui se passe sur son territoire³¹, laquelle possibilité est affaiblie dans le cas d'Internet. Les États s'étaient déjà trouvés à faire face au nouveau problème des communications à distance, à partir de l'invention du télégraphe, jusqu'à des formes plus sophistiquées de communications par câble. Dans ces cas, toutefois, il était au moins possible de localiser une installation télégraphique sur un territoire donné, des répéteurs ou des câbles, mêmes sous-marins, à travers lesquels passaient certaines informations. Avec Internet, cette localisation est impossible et les informations ne suivent pas un tracé prédéterminé³². La conséquence est que le cybercommerçant peut échapper facilement à l'application des lois étatiques.

28. Il ressort de cela que les dangers dans l'exercice de l'activité du cybercommerçant sont supérieurs à ceux du commerçant ordinaire. Il faut de ce fait, neutraliser l'ubiquité. En réalité, ici, la neutralisation ne vise pas à faire disparaître l'ubiquité, mais plutôt à atténuer les effets néfastes de l'ubiquité. Ainsi, la neutralisation ne consiste pas à empêcher le site du cybercommerçant d'être perceptible dans tous les pays, mais plutôt à rattacher le cybercommerçant, sur la base de certains critères, à un ou plusieurs territoires étatiques. Alors, loin de rattacher le cybercommerçant à tous les pays où son site est accessible, ces critères permettent d'atténuer les effets de l'ubiquité en rattachant le cybercommerçant à un ou quelques pays selon les circonstances.

La neutralisation de l'ubiquité est bénéfique tant pour les États que pour le cybercommerçant. D'une part, les États peuvent affirmer leur compétence juridictionnelle et leur compétence législative sur l'opérateur du commerce électronique et ses activités. D'autre part, le cybercommerçant peut bénéficier comme le commerçant traditionnel d'une sécurité juridique dans l'exercice de son activité.

29. En somme, pour neutraliser l'ubiquité, la solution ne va donc pas consister à créer des règles qui vont s'appliquer exclusivement au cybercommerçant dans le but de le localiser sur

³¹ Le territoire est tout lieu où s'exerce la souveraineté de l'État : territoire terrestre et espaces maritime ou aérien

³² Ugo DRAETTA, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, Bruylant, Coll. Feduci, 2003, p. 64

un ou plusieurs territoires. Il s'agit plutôt de trouver les réponses aux difficultés posées par l'ubiquité à travers l'application des règles générales. Il ressort dans cette perspective que l'on peut neutraliser l'ubiquité en rattachant le cybercommerçant à un territoire à travers les règles du droit international privé.

Le droit international privé est un mode de régulation des situations juridiques comportant un élément d'extranéité. Le droit international privé a pour objet de définir la loi applicable et la juridiction compétente à des relations privées internationales. Les règles de conflit de lois et de juridictions ne sont pas inadaptées au cybercommerçant. Elles permettent de déterminer le siège du rapport de droit par une opération de localisation. Il s'agit de localiser le cybercommerçant en utilisant les critères qui s'appliquent à tous les opérateurs. Ces critères sont définis par le droit international privé. Il existe de ce fait, des critères émanant des règles générales qui permettent de rattacher le cybercommerçant à un territoire (Titre 1).

Le rattachement des personnes ou des rapports de droit au territoire fonde donc l'application de la loi. Ainsi, rattaché à un territoire, le cybercommerçant va se voir appliquer les règles qui régissent tous les opérateurs sur le territoire. Il n'y a donc pas de distinction suivant que l'activité soit exercée sur Internet ou dans le monde physique. Les règles du commerçant traditionnel vont s'appliquer au cybercommerçant. Il s'agit d'assurer la sécurité juridique du cybercommerçant. La sécurité juridique passe évidemment par l'intégration du cybercommerçant dans le droit commun à tous les commerçants (Titre 2).

Titre 1- Les critères de rattachement territorial du cybercommerçant

30. Le rattachement, c'est l'action de rattacher, de rétablir un lien. Rattacher, c'est faire cesser une séparation. En effet, le monde est divisé en États souverains. Chaque État édicte des règles pour assurer avant tout l'ordre à l'intérieur de ses frontières. La territorialité est le principe selon lequel le champ d'application d'une règle est limité à un espace territorial.

L'abondance de la jurisprudence internationale témoigne de la lutte que les États se livrent lorsqu'il s'agit de défendre leur souveraineté. Forts de leur territoire terrestre, ils ont investi la mer, puis le ciel jusqu'à l'espace extra-atmosphérique. Aujourd'hui, c'est l'univers des réseaux électroniques.

31. Difficulté de rattachement, impossibilité de délimitation, le monde dans lequel se trouve le cybercommerçant constituerait un espace particulier, entendu dans un sens, non physique. Il ne serait pas divisé en États et territoires, mais en réseaux et sites. L'univers du cybercommerçant se distingue de celui du commerçant traditionnel. Il est donc marqué par l'ubiquité. Toutefois, l'on constate toujours l'attraction vers un certain ordre juridique³³. Il s'agit de ramener le cybercommerçant dans le monde physique à travers le rattachement à un territoire.

Le cybercommerçant ne saurait échapper aux règles territoriales. Pour cela, il doit être rattaché à un territoire. Le professionnel du commerce électronique ne doit pas être soumis à toutes les lois du monde. Il y va de la sécurité juridique du cybercommerçant et du développement harmonieux de son activité. Ce processus permet donc de neutraliser l'ubiquité.

32. L'objectif est de dépasser l'ubiquité en recréant une territorialité sur le réseau numérique, sans laquelle les règles ne peuvent jouer correctement. Le cybercommerçant est forcément installé sur un territoire. Et il y dispose des locaux et des matériels comme tout commerçant. Le rattachement du cybercommerçant à un territoire, peut donc se faire par l'établissement. Le champ d'application des règles relatives à l'établissement est défini par l'installation du cybercommerçant sur un territoire. Ce rattachement par le critère de l'établissement permet de soumettre l'activité du commerce électronique à la loi du lieu d'établissement du cybercommerçant.

Toutefois, dans certains cas, le critère de l'établissement peut se révéler difficile à mettre en œuvre. En effet, il n'est pas toujours possible de déterminer avec précision où se trouve

³³ Ugo DRAETTA, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, précité, p. 62 et s.

géographiquement le cybercommerçant alors que ce dernier exerce son activité dans presque tous les États où son site Internet est accessible. L'impossibilité de déterminer l'établissement aboutit au fait que le cybercommerçant pourrait échapper à l'application des règles qui s'imposent à tout opérateur. Il faut donc avoir recours à un autre critère qui est le critère de l'activité.

Les activités du cybercommerçant ont des effets dans le monde réel ; car il déploie ces activités dans un ou plusieurs territoires. De cela, il découle que le rattachement peut aussi se faire par l'activité. Le champ d'application des règles organisant l'accès au marché et l'exercice de l'activité est défini par la localisation de l'activité. Il existe de ce fait des règles protégeant certaines personnes et organisant le marché qui vont s'appliquer au cybercommerçant dans le cadre de l'exercice de son activité. Ainsi, toute activité déployée sur le territoire est soumise à un ensemble de règles communes. Ces règles s'appliquent au cybercommerçant parce que son établissement et son activité peuvent être localisés sur un territoire.

33. Les règles générales offrent plusieurs critères efficaces qui permettent de rattacher le cybercommerçant à un territoire. Certains critères sont liés à l'établissement et d'autres, à l'activité. Il y a donc une distribution des règles de rattachement. Cette distribution des règles est identique à celle qui s'applique à la situation du commerçant traditionnel. Partant de cela, la considération que les règles générales ne sont pas aptes à régler la localisation du cybercommerçant et les rapports juridiques qu'il entretient, n'est pas convaincante.

La localisation de l'établissement et de l'activité du cybercommerçant permet de surmonter les obstacles tirés de l'ubiquité par l'application des règles générales. Ainsi, les règles générales permettent de neutraliser l'ubiquité, à travers le rattachement par l'établissement, d'une part (Chapitre 1), et d'autre part, à travers le rattachement par l'activité (Chapitre 2).

Chapitre 1- Le rattachement par l'établissement

34. La territorialité désigne une approche essentiellement nationale de la souveraineté d'un État. Chaque État édicte des lois qui s'appliquent à tous ceux qui sont sur le territoire. La plurilocalisation sur différents territoires a toujours existé. L'idée de territorialité a d'ailleurs pour vertu d'y faire face. L'ubiquité trouve une solution à travers l'attraction vers le monde physique. Il ne peut en être autrement pour le commerçant de l'univers numérique.

Il est généralement admis que les États ont le pouvoir d'exercer leur juridiction en matière normative et coercitive sur les activités qui ont lieu dans les limites de leur territoire. Cette compétence est conditionnée par la présence d'un établissement. Le cybercommerçant peut être rattaché à un territoire par le critère de l'établissement. L'objectif est de contrôler l'activité du cybercommerçant en la soumettant à la loi d'un pays. Et ce pays est le lieu d'établissement du cybercommerçant, qui dispose des moyens efficaces pour vérifier l'exercice licite de l'activité en vue du développement harmonieux du commerce électronique.

Pour rattacher le cybercommerçant à un territoire, il faut lui appliquer les règles générales. Ainsi, le rattachement par l'établissement rejette les éléments technologiques de localisation (Section 1) pour admettre uniquement les éléments traditionnels (Section 2).

Section 1- Le rejet des éléments technologiques

35. Parler d'éléments technologiques dans la localisation du cybercommerçant, c'est faire référence aux outils, machines, et procédés techniques qui appartiennent au domaine d'Internet. Les éléments technologiques sont constitués du site Internet, du nom de domaine, du serveur, de l'adresse IP³⁴, des logiciels et de l'ensemble des outils qui permettent au cybercommerçant d'être présent sur Internet.

La localisation du cybercommerçant a conduit certains auteurs à privilégier l'univers numérique dans lequel le cybercommerçant exerce ses activités. Ainsi, les éléments qui permettent au cybercommerçant de s'installer dans l'environnement numérique ont été simplement mis en exergue pour le localiser. Il s'agit du nom de domaine et de l'adresse IP.

D'autres auteurs ont préféré plutôt adapter les notions traditionnelles de localisation, comme l'espace, l'établissement, l'agent dépendant, aux caractéristiques d'Internet. Ces considérations relèvent de l'interprétation par analogie des règles de droit. L'utilisation de l'analogie vise à octroyer de nouvelles qualifications aux éléments technologiques qui sont accessibles à un territoire, en se fondant sur les éléments traditionnels.

Toutefois, l'exercice de localisation du cybercommerçant n'admet pas d'utiliser ces éléments technologiques pour affirmer l'existence d'un établissement. En réalité, les propositions faites ne permettent pas de neutraliser l'ubiquité.

C'est la raison pour laquelle, il faut rejeter d'une part, les critères purement technologiques (Paragraphe 1) et d'autre part, l'interprétation par analogie (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Le rejet des critères purement technologiques

36. Les moyens que le cybercommerçant utilise pour avoir accès à l'espace numérique peuvent être localisés sur des territoires. Voilà pourquoi certains auteurs ont préconisé de passer par des critères purement technologiques pour pouvoir localiser le cybercommerçant. Ainsi, la mise en place du site Internet implique qu'il y ait une adresse permettant aux internautes d'y accéder. Or, le nom de domaine est l'adresse du site Internet du cybercommerçant³⁵. Mais, au-delà du nom de domaine, il existe l'adresse IP qui permet au cybercommerçant de s'installer sur Internet.

³⁴ Abréviation de « Internet Protocol », qui signifie en français « protocole Internet »

³⁵ Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, 1^{re} éd. Delmas 1999, p. 51, n° 401

Ces éléments technologiques pourraient être utilisés pour rattacher le cybercommerçant à un territoire. Toutefois, cette hypothèse est parsemée d'incertitudes compte-tenu de l'instabilité du nom de domaine (I), et des limites de l'adresse IP (II).

I- L'instabilité du nom de domaine

37. Tout cybercommerçant pour s'installer sur Internet doit disposer d'un nom de domaine. Le nom de domaine n'est rien d'autre qu'une adresse électronique personnalisée identifiant un site sur le réseau Internet. Il se présente sous la forme d'une série de données numériques se convertissant en un nom lisible.

Le développement croissant des activités économiques sur Internet fait des noms de domaine un outil précieux d'identification et de localisation des entreprises. Ainsi, Le cybercommerçant est identifié dans le monde numérique grâce au nom de domaine. A travers le nom de domaine, le cybercommerçant peut être rattaché à un territoire. Toutefois, si cette assertion se trouve vérifiée pour les domaines géographiques, cela n'est pas le cas pour les domaines génériques classiques et pour les nouveaux domaines génériques.

Par conséquent, le nom de domaine ne saurait être utilisé en toute rigueur pour localiser le cybercommerçant, compte-tenu de son instabilité. L'instabilité du nom de domaine dans l'exercice de localisation du cybercommerçant est due à son système. Le nom de domaine est incorporé d'une part dans un système bipartite (A), et d'autre part, dans un système en constante évolution (B).

A- Le nom de domaine incorporé dans un système bipartite

38. La création d'un nom de domaine passe par l'enregistrement du nom en question, qui se rattache à un domaine de premier niveau³⁶ et aux règles de la zone de nommage correspondante. Chaque domaine³⁷ constitue un « registre » de noms de domaine géré par un opérateur particulier. Le système des domaines est divisé en deux mondes distincts : les

³⁶ Toutes ces extensions représentent les domaines de premier niveau. A côté de ces domaines de premier niveau, il existe des domaines de deuxième niveau, encore appelés sous domaines qui ont pour fonction de préciser l'identité du site : [http : //www.sylvain.experts-comptables.fr](http://www.sylvain.experts-comptables.fr).

³⁷ Le domaine est défini comme un « *un ensemble d'adresses faisant l'objet d'une gestion commune* », Vocabulaire de l'informatique et de l'internet, JO n° 63, 16 mars 1999, p. 3894

domaines génériques (gTLD) dont la gestion est déléguée par l'ICANN³⁸ à un registre, et les domaines géographiques (ccTLD) dont la gestion est déléguée par le pays concerné ou groupe de pays à un opérateur technique.

39. Les domaines géographiques se divisent en domaines régionaux comme « .eu »³⁹ et en domaines nationaux. Les domaines nationaux⁴⁰ (plus de 250), sont constitués par un code à deux lettres attribué à chaque pays : « .fr » pour la France, « .de » pour l'Allemagne, « .it » pour l'Italie, « .us » pour les États-Unis, « .be » pour la Belgique, « .ch » pour la Suisse, « .jp » pour le Japon, etc. Ces domaines sont alloués, dans chaque pays, par un organisme auquel l'ICANN a accordé une délégation. En France, c'est l'AFNIC⁴¹ qui gère les domaines « .fr » et « .re » pour la Réunion. D'autres autorités se chargent de gérer les extensions « .mq » pour la Martinique, « .gp » pour la Guadeloupe et « .gf » pour la Guyane.

La définition de règles relatives au rattachement avec le territoire représenté par un code pays reflète la volonté de faire de l'utilisation de ce nom de premier niveau, un signe d'appartenance avec le territoire. La création de ces domaines correspond à des espaces géographiques et souverains⁴².

Ainsi, pour enregistrer son nom dans les domaines régionaux et nationaux, il faut être installé dans cette zone géographique. Les domaines géographiques permettent de rattacher toute personne disposant de ce nom à une communauté nationale ou régionale.

40. Le critère de l'établissement est retenu en droit européen pour l'allocation d'un nom. Il est prévu à l'article 4, 2 du Règlement 733/2002 du 22 avril 2002 concernant la mise en œuvre du domaine de premier niveau « .eu »⁴³ que *« toute entreprise ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son lieu d'établissement principal dans la Communauté, ou toute organisation établie dans la communauté, sans préjudice du droit national applicable »* peut demander l'enregistrement de son nom dans le domaine « .eu ».

³⁸ L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), société à but non lucratif créée le 18 septembre 1998, est une autorité de régulation d'Internet qui coordonne les domaines à l'échelle internationale

³⁹ Le domaine régional « .eu » se caractérise par le fait qu'elle est due à une initiative des pays membres de l'Union européenne qui entendent en conserver le contrôle. Cette extension a été créée par le Règlement CE n° 733/2002 du 22 avril 2002 (JO L108 du 24 avril 2002, p. 33). Et le Règlement CE 874/2004 du 28 avril 2004 (JO L162 du 30 avril 2004, p. 40) fixe la politique de mise en œuvre de l'extension « .eu » et les principes d'enregistrement. L'extension est gérée par Eurid. Les enregistrements en « .eu » ont débuté le 7 décembre 2005

⁴⁰ « Country code top level domain : ccTLD »

⁴¹ Afnic : Association française pour la gestion du nommage Internet en coopération

⁴² Cédric MANARA, Le droit des noms de domaines, Coll. IRPI n° 39, éd. LexisNexis, 2012, n° 162 et s., p. 145 et s.

⁴³ JO n° L. 113 du 30 avril 2002, p. 1-5

Un critère similaire de l'établissement a été posé en France à travers l'article L. 45-3 du Code des postes et des communications électroniques⁴⁴ : « *Peuvent demander l'enregistrement d'un nom de domaine, dans chacun des domaines du premier niveau les personnes physiques résidant sur le territoire de l'Union européenne, les personnes morales ayant leur siège social ou leur établissement principal sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne* ».

Les noms de domaine appartenant aux domaines géographiques peuvent permettre de localiser le cybercommerçant en le rattachant à un territoire. Le cybercommerçant peut bénéficier de ces domaines géographiques s'il est rattaché à un territoire, à travers les éléments traditionnels de localisation comme l'établissement principal et le siège social.

41. Cependant, il existe certains noms de domaine qui ne permettent pas de localiser le cybercommerçant sur un territoire : ce sont ceux qui appartiennent au domaine générique. Ces noms de domaine sont neutres.

Il existe une grande liberté de choix concernant les domaines génériques⁴⁵ qui sont gérés directement par l'ICANN. Ces domaines sont « .com », « .net », « .org ». Le « .com » est le plus utilisé par les entreprises. Un cybercommerçant situé en France, au Canada, ou en Côte d'Ivoire peut enregistrer son nom dans les domaines génériques, sans qu'on ne puisse identifier sa localisation précise. En effet, les conditions à remplir pour le choix de ces domaines n'imposent pas d'être établies dans un territoire déterminé.

42. En somme, le nom de domaine est intégré dans un système bipartite. Si le domaine géographique peut permettre de localiser le cybercommerçant, concernant les domaines génériques, la localisation du cybercommerçant devient extrêmement difficile. Par conséquent, le nom de domaine peut être un indice de l'établissement du cybercommerçant dans un territoire donné. Toutefois, le fait de prendre le nom de domaine comme critère de localisation du cybercommerçant doit être réfuté. La raison est due au fait que le nom de domaine est intégré dans un système bipartite, qui de surcroît, est en pleine évolution.

⁴⁴ Voir article 19 de la Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses adaptations de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communication électronique

⁴⁵ « Generic top level domain » : gTLD

B- Le nom de domaine incorporé dans un système en constante évolution

43. Depuis que le système d'identification est né sur Internet, il n'a cessé d'évoluer. Cela est dû à la nécessité de faire face à une demande plus grande confrontée à l'inquiétude de la pénurie des noms de domaines. Ainsi, le système dans lequel s'inscrit le nom de domaine se diversifie, en intégrant de nouveaux domaines qui n'utilisent pas le critère de l'établissement. C'est la raison pour laquelle, le nom de domaine ne peut être retenu, en toute rigueur, comme un critère de localisation du cybercommerçant.

44. L'analyse de la création de domaines de premier niveau internationaux révèle que ce système fait abstraction de toute règle de rattachement territorial, l'autorité décidant seule des domaines internationaux à créer.

D'abord, dans les années 1980, il existait sept domaines : « .com », « .edu », « .gov », « .int », « .mil », « .net », et « .org ». Trois sont totalement ouverts au public : « .com », « .net », et « .org », les quatre autres sont restreints.

La rareté des ressources en l'état actuel du système de nommage se manifeste par l'insuffisance de domaines de premier niveau et de noms disponibles en conséquence. C'est le cas de la saturation du domaine « .com » qui est le plus utilisé par les entreprises. On estime que deux tiers des noms attribués s'y trouvent consacrés.

45. Ensuite, au motif avancé de la raréfaction du nombre de noms de domaine disponible à l'enregistrement, l'ICANN initia en 2000 une première vague de création de nouveaux domaines. Cette vague aboutit à l'ajout de sept nouveaux domaines internationaux délégués dans les deux années qui suivirent (2001 et 2002). De nouveaux domaines ont été créés, comme « .biz » pour les affaires, « .pro » pour les professionnels ; et aussi en 2003, des domaines sponsorisés confiés à des organismes propres, comme « .aero » pour le transport aérien, « .museum », « .travel » pour le secteur des voyages. Ces domaines sponsorisés sont réservés à des personnes physiques ou morales remplissant les conditions posées dans une charte d'éligibilité. Le postulant doit devenir membre de la communauté au sens des règles en cause qui la définissent. Il doit s'identifier dans la sous-catégorie à laquelle il appartient. C'est seulement après cette formalité, qu'il pourra procéder à l'enregistrement proprement dit de son nom⁴⁶.

⁴⁶ Voir Nathalie DREYFUS, La défense des droits de marque face aux nouvelles extensions de noms de domaine, Comm. com. électr. mai 2009, n° 5, Étude 11, p. 11-13

46. Enfin, la complexité du système s'est plus accrue quand l'ICANN a lancé en 2012, de nouveaux domaines. La particularité de ces domaines est de faire l'objet d'une réservation exclusive au profit de son titulaire. Celui-ci ne vient pas s'insérer dans une « architecture » dont il n'est qu'un acteur. Il est le maître et le seul du nom réservé⁴⁷. Pour illustrer cela, nous avons l'exemple de Yahoo ou Lauboue qui ne vont plus enregistrer leurs noms en « .com », mais c'est plutôt Yahoo ou Lauboue qui deviennent des noms : un « .yahoo » et un « .lauboue ».

47. L'objectif annoncé par l'ICANN est de faire évoluer l'espace de nommage en favorisant sa diversité et sa concurrence. Localiser le cybercommerçant à travers le nom de domaine obligerait à repenser les règles compte-tenu de la diversification et de l'évolution des domaines. Dans ce cas, les règles relatives à la localisation du cybercommerçant devront être revues en permanence. Cela nous conforte dans la position que le système n'est pas assez stable pour permettre la localisation du cybercommerçant. En outre, ces domaines n'obéissent pas nécessairement aux mêmes règles et n'impliquent surtout pas le rattachement de l'opérateur à un territoire.

48. En définitive, le nom de domaine permet aux internautes d'avoir accès au site Internet du cybercommerçant. Localisé dans l'univers numérique grâce au nom de domaine, le cybercommerçant peut aussi dans certains cas, être rattaché à un territoire, par ce même nom de domaine.

Cependant, il ressort que la localisation par le nom de domaine, crée des disparités dans la mesure où certains cybercommerçants ne sont pas localisables géographiquement. Certes, le cybercommerçant peut être localisé par le domaine géographique. Toutefois, le nom de domaine appartenant au domaine générique ne permet pas la localisation du professionnel de l'univers numérique.

Ainsi, compte tenu de l'instabilité du nom de domaine, il ne saurait être retenu pour la localisation du cybercommerçant. Il en est de même de l'adresse IP qui comporte des limites.

⁴⁷ Michel VIVANT et a., Le Lamy droit du numérique 2014, n° 2011, p. 1251

II- Les limites de l'adresse IP

49. L'adresse IP⁴⁸ est un numéro d'identification d'un ordinateur, en raison de son accès à Internet⁴⁹. Ce numéro est attribué par le fournisseur d'accès Internet au moment de la conclusion du contrat. Ce numéro unique permet donc de retrouver l'ordinateur du cybercommerçant parmi l'ensemble des ordinateurs connectés au réseau Internet. Il est possible au fournisseur d'accès de rattacher ce numéro au cybercommerçant et de pouvoir le localiser.

Toutefois, l'adresse IP comporte des limites, et n'est donc pas entièrement fiable pour localiser le cybercommerçant. La raison est que l'adresse IP, nécessite d'avoir recours à un tiers : c'est donc un moyen indirect de localisation (A). En outre, l'adresse IP comporte une autre limite qui peut remettre en cause son efficacité dans le processus de localisation du cybercommerçant : c'est l'obsolescence (B).

A- Un moyen indirect de localisation

50. La localisation du cybercommerçant peut aussi se faire par l'adresse IP. En pratique, cette donnée numérique permet de remonter aux utilisateurs. Toutefois, la localisation du cybercommerçant ne peut immédiatement se faire à travers ces données brutes, il faut avoir recours aux intermédiaires techniques : les fournisseurs d'accès Internet. Ce sont ces intermédiaires qui vont déterminer l'identité du cybercommerçant et sa localisation. Par conséquent, l'adresse IP constitue un moyen indirect de localisation.

51. L'adresse IP est associée à un pays. Les organismes privés chargés de répartir les blocs d'adresses IP opèrent selon des zones territoriales. Il est donc possible d'affecter à tel ou tel pays, telle plage d'adresses. Ceci explique pourquoi lorsqu'un internaute situé en France,

⁴⁸ Les échanges sur le réseau sont basés par l'adressage de successions de messages, appelés *paquets*. Ce sont ces paquets d'informations, qui contiennent dans leur en-tête (une sorte d'enveloppe) l'adresse IP du destinataire et de l'émetteur, qui transporte l'ensemble des informations et parcourent un chemin (une route) qui est optimale au moment où le paquet est émis. Ainsi, lorsqu'un message est transmis à partir de l'ordinateur de l'émetteur, il parvient d'abord sur le serveur de messagerie du fournisseur d'accès. Une fois parvenu sur ce serveur, et après interprétation de son contenu, un autre flux de paquets IP ira de celui-ci vers le serveur de messagerie du destinataire du message.

⁴⁹ Jacques GUALINO, Dictionnaire pratique Informatique, Internet et nouvelles technologie de la communication et de l'information, Gualino éditeur, Paris 2005, Voir adresse IP ; Guillaume DESGENS-PASANAU et Éric FREYSSINET, L'identité à l'ère du numérique, éd. Dalloz 2009, p. 86

est sur un site américain, il est susceptible de voir les bandeaux publicitaires rédigés en français s'afficher sur son écran d'ordinateur.

52. L'adresse IP est le numéro d'identification d'un ordinateur sur Internet. Toutefois, elle ne permet pas une identification directe du cybercommerçant. L'identification est indirecte et nécessite d'interroger le fournisseur d'accès Internet ayant attribué le numéro au cybercommerçant.

L'illustration est donnée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans une décision du 26 mai 2009 : « *Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que la société Siaci a porté plainte et s'est constituée partie civile le 21 décembre 2006, contre personne non dénommée, des chefs d'accès frauduleux à un système de données et violation du secret des correspondances, après avoir constaté des intrusions extérieures dans son système de messagerie électronique, que la plainte a été communiqué au parquet le 8 janvier 2007, après versement de la consignation ; que la plaignante a ultérieurement indiqué avoir appris de l'opérateur concerné que le titulaire de l'adresse Internet suspecte était un nommé Nicolas X ...* »⁵⁰. L'adresse IP a permis de déterminer que la connexion intervenait via une adresse IP du fournisseur Numéricable, qui a communiqué le nom du titulaire de l'adresse IP et son adresse géographique. Cela a permis de pouvoir localiser l'internaute.

Il en est de même pour le cybercommerçant. Pour disposer d'un site Internet et le gérer, il faut que le cybercommerçant puisse avoir accès à Internet. La connexion à Internet passe par un contrat avec le fournisseur d'accès Internet qui attribue au cybercommerçant un numéro appelé adresse IP. La localisation du cybercommerçant peut alors se faire par l'intermédiaire du fournisseur sur la base de l'adresse IP attribuée au cybercommerçant lors de la conclusion du contrat d'accès Internet.

53. En résumé, le rattachement territorial du cybercommerçant a nécessité l'utilisation de l'adresse IP. Toutefois l'adresse IP est un moyen indirect de localisation qui nécessite d'avoir recours à des tiers pour pouvoir localiser le cybercommerçant. L'exercice de localisation du cybercommerçant devient plus complexe.

La simplicité qui caractérise la localisation du commerçant traditionnel ne devrait pas être différente de celle du commerçant de l'univers numérique. Cela justifie le rejet des critères purement technologiques. Aussi, il faut signaler que l'adresse IP comporte une autre limite qui résulte de la technique, à savoir l'obsolescence.

⁵⁰ Cass. crim., 26 mai 2009, arrêt n° 3059, Bull. crim., disponible sur le site lamyline.fr

B- L'obsolescence de l'adresse IP

54. Les moyens technologiques ne peuvent servir de fondement pour localiser le cybercommerçant. Cela est dû au fait que la technique évolue rapidement. Une technique appelant une nouvelle, la première devient alors caduque. La localisation par les éléments technologiques ne saurait être admise. Il ressort de cela que la localisation du cybercommerçant à travers l'adresse IP entraînerait des risques pour le cybercommerçant lui-même.

En effet, les règles devront être revues en permanence en raison de la rapidité de la transformation des moyens technologiques. Or, le droit suit toujours difficilement le rythme de l'évolution technologique. Cette difficulté se trouve exacerbée dans l'univers numérique, du fait des spécificités même de l'architecture du réseau numérique. Il est donc clair que tout dispositif législatif doit être technologiquement neutre. Le choix de ce principe a un but bien précis : il doit assurer la pérennité d'une législation.

55. Les limites de désignation et de localisation du cybercommerçant par l'adresse IP sont réelles. Outre les usurpations qui peuvent être possibles, le dispositif apparaît d'ores et déjà obsolète. Les plus habiles sauront crypter un fichier, détourner la connexion d'un tiers, utiliser des serveurs (appelés serveurs proxy) masquant l'identité de l'utilisateur. Les autres n'auront pas de mal à se connecter sur un accès Internet public. Or dans ces lieux d'accès public à Internet, les adresses IP ne permettent pas de remonter au cybercommerçant.

Les adresses IP sont des ressources essentielles, mais leur nombre est assez restreint. En témoigne la nécessité pour certains fournisseurs d'accès Internet d'attribuer aux cybercommerçants des adresses IP uniquement pour le temps de la connexion. On parle alors d'adresse IP dynamique. Aussi, il est parfaitement imaginable qu'une adresse IP soit identifiée comme appartenant à un opérateur situé en France et que les machines qui l'utilisent, soient localisées dans un autre pays⁵¹. Ainsi, l'ordinateur du cybercommerçant sera localisé dans un pays différent de celui du cybercommerçant lui-même.

Si l'avancée technologique, permet à un moment donné, de procéder à une opération dans des conditions données, elle permettra à un autre moment de réaliser une toute autre opération qui aurait été auparavant parfaitement inimaginable. Il existe dans le monde numérique des réalités factuelles que l'on peut difficilement anticiper. Et lorsqu'il est possible de les

⁵¹ Guillaume DESGENS-PASANAU et Éric FREYSSINET, *L'identité à l'ère du numérique*, éd. Dalloz 2009, p. 87 et s.

imaginer, leurs modalités techniques restent inconnues jusqu'à ce que la technique elle-même y apporte une solution.

56. En conclusion de ce paragraphe, nous pouvons dire que la localisation du cybercommerçant ne peut se faire sur la base des moyens technologiques, car ils sont instables et deviennent vite obsolètes. Possibilité de masquer l'adresse IP, utilisation d'un système de brouillage à travers des logiciels et serveurs, système bipartite des domaines électroniques en pleine évolution, constituent autant de doutes sur la fiabilité des outils technologiques pour localiser le cybercommerçant.

Dans ces conditions, des règles qui définissent tel ou tel moyen technologique comme outil de localisation du cybercommerçant, risque de devenir sans objet d'ici quelques années. La raison est soit parce que le moyen technologique ne va plus exister, soit parce que ses modalités auront évolué de façon drastique.

En matière de technologie, l'instabilité et l'obsolescence constituent des obstacles à la localisation du cybercommerçant. La faiblesse des théories et éléments de localisation proposés, conduit à privilégier les instruments traditionnels de localisation.

En dépit de tout cela, des auteurs ont proposé de se référer à l'interprétation par analogie pour qualifier des éléments technologiques dans le but de localiser le cybercommerçant. Cette proposition doit être rejetée.

Paragraphe 2- Le rejet de l'interprétation par analogie

57. Les outils pour être présent sur Internet ont été mis en exergue en vue de localiser le cybercommerçant. Cela a nécessité d'appliquer l'analogie aux outils technologiques. L'analogie est un « *procédé classique d'interprétation rationnelle, relevant de la méthode exégétique qui consiste à étendre la solution édictée par un texte pour un cas à un cas semblable non prévu par le texte, en montrant que la raison d'appliquer la règle a la même force dans les deux cas ...* »⁵².

L'analogie a permis d'appréhender les réalités technologiques en vue de les identifier aux éléments du monde physique : espace physique, établissement, agent dépendant, qui permettent l'accessibilité au territoire. C'est dans ce cadre que des qualifications telles que

⁵² Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, PUF, 20^e éd., 2014, Voir Analogie

« cyberspace », « établissement virtuel », « agent électronique dépendant », ont été proposées en vue de pouvoir localiser le cybercommerçant. L'analogie a été utilisée parce que les éléments technologiques sont ouverts au public auquel ils sont accessibles.

Toutefois, ces propositions sont contestables dans la mesure où elles suscitent de nouvelles difficultés et ne permettent pas de neutraliser l'ubiquité.

Le vice de ces conceptions est qu'elles envisagent d'abord, de créer une scission entre le monde du commerçant traditionnel et le monde du cybercommerçant. Ensuite, lorsque ces conceptions décident de rattacher le cybercommerçant à un territoire, cela suscite des difficultés liées à la localisation physique. Il ressort de cela que l'utilisation de l'analogie aboutit soit à une absence de rattachement (I), soit à des difficultés liées au rattachement (II).

I- L'absence de rattachement territorial

58. La localisation impliquerait de rattacher le cybercommerçant à un État. Or l'attribut le plus caractéristique du monde numérique est le fait que les frontières géographiques n'y jouent aucun rôle. La difficulté essentielle est l'absence d'assise territoriale.

C'est pour cela qu'une partie de la doctrine qui s'est occupée de ce phénomène, a alors essayé d'élaborer des théories fondées sur le cyberspace. Ici, le raisonnement analogique prend la forme d'une métaphore⁵³. Ces théories consacrent un nouvel espace autonome (A) et des règles spéciales (B).

Toutefois, ces théories doivent être réfutées. Ce rejet se justifie par le fait que ces théories ont pour objectif de contourner la localisation géographique en vue d'appliquer au cybercommerçant des règles particulières. En réalité, ces théories optent pour une absence de rattachement territorial du cybercommerçant.

A- La consécration d'un nouvel espace autonome

59. L'objectif de certains auteurs est de contourner l'ubiquité en instaurant un espace autonome, du simple fait de la présence sur Internet. Il ne va donc plus s'agir de rattacher le cybercommerçant à un territoire. Ainsi, le problème de localisation du cybercommerçant ne

⁵³ La métaphore est définie comme un « procédé de langage qui consiste à employer un terme concret dans un contexte abstrait par substitution analogique, sans qu'il y ait d'élément introduisant formellement une comparaison » : Dictionnaire Le petit Robert 2014, Voir métaphore

va donc plus se poser à travers la consécration d'un nouvel espace, sur le modèle de celui du commerçant traditionnel. L'interprétation par analogie a permis de consacrer la métaphore « cyberspace ».

Le cyberspace est un espace dans lequel évoluent les informations, les images, le renseignement. C'est un espace de communication électronique transcendant les frontières. Or, les frontières délimitent des zones distinctes, où des ensembles de règles juridiques différentes sont applicables. Par conséquent, l'avènement du cybercommerçant remet en question l'application des lois dans le cadre des frontières physiques et géographiques. Toutefois, situer le cybercommerçant dans l'univers numérique ne saurait être retenu. Cette affirmation est soutenue par deux arguments. Le cyberspace n'est pas localisable géographiquement, d'une part, et d'autre part, les personnes et matériels intervenant dans le cyberspace sont situés dans des territoires précis.

60. La première analyse que nous pouvons faire est que le cyberspace est une métaphore. Il n'est pas un espace juridique autonome. Les espaces investis à ce jour par le droit sont des espaces naturels, préexistants et surtout tridimensionnels. Ces réalités physiques mêmes si elles ne sont pas toujours palpables, autorisent un découpage géographique qui permet de redessiner, même si cela est artificiel, des territoires et de les attribuer à un État du fait de sa proximité avec la surface ou le volume nouvellement défini. Or une telle approche n'est pas transposable au cyberspace⁵⁴.

Aussi, l'exercice du pouvoir souverain d'un État dépend dans une certaine mesure de sa capacité à s'engager physiquement à l'intérieur de ses frontières reconnues. Or, situer le cybercommerçant dans le cyberspace remet en cause le concept de frontière.

Il affaiblit le lien qui existe entre un lieu géographique donné et le pouvoir d'un gouvernement national d'exercer un contrôle sur les comportements en ligne et les conséquences pour des particuliers ou des entités. Il met également en relief certaines questions touchant à la légitimité des efforts par un État souverain pour faire respecter des règles applicables à un phénomène mondial.

61. La deuxième analyse est l'existence de liens avec le monde physique. Le cyberspace est traité comme un lieu distinct, en instituant une frontière imaginaire le séparant du monde réel non dématérialisé. L'intérêt de cette démarche tient à ce que l'opérateur n'aurait plus besoin de déterminer quelle autorité territoriale pourrait avoir un droit de regard sur l'activité

⁵⁴ Voir Marie FONTAINE-EVEN, *Le droit international public à l'épreuve du cyberspace mondialisé*, Thèse Bordeaux 2003, p. 47-55

à laquelle il se livre. Le problème serait plutôt de savoir s'il aurait ou non pénétré dans le cyberspace.

Cela supposerait que les frontières électroniques soient perceptibles et que leur franchissement soit un acte déterminant⁵⁵. Le terme de frontière ici est une métaphore. Il n'est pas rigoureux sur le plan juridique. Cette suggestion est difficile à mettre en œuvre, car jugée utopique.

En se fondant sur cette théorie, il serait indispensable de déterminer le moment où le cybercommerçant opérerait dans le cyberspace. Cette démarche soulève un certain nombre de problèmes. Le plus évident est la distinction entre purs cybercommerçants et cybercommerçants mixtes.

En effet, il existe certes, des opérateurs qui exercent exclusivement leurs activités sur Internet. Toutefois, d'autres opérateurs exerçant leurs activités sur Internet sont aussi présents dans le monde physique à travers des magasins, des entrepôts. La création d'un espace particulier ne saurait s'appliquer à tous ces cybercommerçants mixtes qui sont les plus nombreux. Dans ce cas, situer exclusivement le cybercommerçant dans l'univers numérique ne saurait résoudre ce problème.

En outre, même si cet espace de l'immatériel transcende les frontières géographiques, les liens avec le réel sont bien présents⁵⁶. En effet, d'abord, les êtres humains qui y interviennent se trouvent sur un territoire au sens classique du terme. Ensuite, le matériel, le logiciel et les moyens financiers utilisés pour faire fonctionner chacun des éléments de l'infrastructure sont eux-mêmes situés dans un ressort territorial au sens classique du terme. Enfin, la livraison de biens et certaines prestations de service se font dans le monde physique.

62. En définitive, le cyberspace n'est pas situé en un point spécifique dans l'espace territorial. La possibilité de contrôler des activités qui y prennent place a peu de lien avec la localisation physique des acteurs. Il se définit comme un espace virtuel résultant des multiples interconnexions rendues possibles par l'interopérabilité des réseaux.

Alors que dans le monde matériel, la localisation des personnes physiques et morales sur un territoire national est la condition fondamentale de l'application des règles du droit d'un État

⁵⁵ Elizabeth LONGWORTH, Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective néo-zélandaise, in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, coll. Droit du cyberspace, éd. UNESCO – Economica, 2000, p. 51 et s.

⁵⁶ Michel WAUTELET, *Les cyberconflits : Internet, autoroute de l'information et cyberspace : quelles menaces ?*, Coll. Les livres du GRIP, éd. GRIP – Complexe 1998, p. 25

déterminé, « *dans le cyberspace, tout est à la fois présent et absent d'un lieu physique donné* »⁵⁷.

L'univers numérique compte tenu de sa virtualité est perceptible dans tous les pays du monde. Le cybercommerçant serait alors localisé soit nulle part, soit dans tous les pays du monde. De ce fait, l'ubiquité semble être marquée. Or, notre intérêt n'est pas, comme ces théories, de contourner l'ubiquité mais plutôt de neutraliser l'ubiquité en rattachant le cybercommerçant à un territoire. C'est pour cela que ces propositions théoriques appellent une réfutation ferme. Les théories sur le cyberspace conduisent à établir une scission artificielle entre le réseau numérique et le territoire des États.

Il paraît difficile de partager cette position dans ses termes généraux et dans la complète délocalisation de l'univers numérique qu'elle propose. Cette scission virtuelle a eu pour conséquence la ferme intention de certains auteurs de consacrer des règles spéciales applicables au cybercommerçant.

B- La volonté d'application de nouvelles règles spéciales

63. La localisation du cybercommerçant a nécessité l'élaboration de théories visant à le situer dans un espace autonome et différent de celui du commerçant ordinaire. Dans la mesure où le cyberspace ne fait partie du territoire d'aucun État particulier, il devrait être régi par ses propres lois. C'est la consécration d'un nouvel espace qui se joue des frontières géographiques. Elle délimite un espace distinct qui requiert, et est à même de créer, de nouvelles lois et institutions juridiques qui lui soient propres. Toutefois, consacrer un nouvel espace autonome et des règles spéciales, n'est pas efficient. C'est pour cela que nous ne partageons pas cette thèse. Le cybercommerçant comme le commerçant ordinaire, doit être localisé sur un territoire en utilisant les instruments traditionnels.

64. L'un des modèles courants de gouvernance proposé pour le cyberspace s'inspire du droit international public. Il consiste à résoudre les problèmes posés en créant un droit uniforme du cyberspace à partir de traités internationaux. L'encadrement juridique du cyberspace doit, comme tout régime qui prétend s'imposer en tant que mécanisme ayant

⁵⁷ Pierre TRUDEL, La responsabilité dans le cyberspace, in Les dimensions internationales du droit du cyberspace, coll. Droit du cyberspace, éd. UNESCO – Economica, 2000, p. 237

force exécutoire, admettre qu'il faut puiser directement son autorité dans un ordre juridique conventionnel appliqué et reconnu⁵⁸.

C'est pour cela que des auteurs ont préconisé d'avoir recours au droit international public. Le droit international public a dû imaginer des solutions adaptées à chaque environnement afin d'y reconstruire la souveraineté des États lorsque cela était possible où, au contraire, afin d'y interdire toute appropriation et permettre une jouissance internationale commune dans les autres cas. Le droit international public est déjà intervenu dans des espaces étrangers à la terre ferme, présentant des caractéristiques propres, afin de poser des frontières qui n'ont rien à voir avec notre perception visuelle des régions terrestres. Difficulté de rattachement, impossibilité de délimitation, *a priori*, le cyberspace paraît plus propice à un régime unitaire de type haute mer, Antarctique ou espace extra-atmosphérique.

65. Certains auteurs ont alors essayé d'élaborer une réglementation spéciale en écartant la technique classique du droit international privé. L'univers numérique devient donc un espace autonome avec des règles spéciales et une juridiction spéciale, dans laquelle les instruments traditionnels du droit international privé consacrés à la délimitation du domaine d'application des lois, ne pourraient jouer aucun rôle. Cette législation spécifique doit reconnaître au cybercommerçant une place privilégiée. Elle va définir la personnalité juridique, la propriété, et résoudre les conflits.

C'est la théorie développée par monsieur le Professeur Jean-Jacques LAVENUE⁵⁹ en ces termes : « *Le cyberspace est le lieu de rencontre d'individus formant une société universelle, composant et appartenant, en même temps, à d'innombrables sociétés politiques. S'inscrivant dans une évolution du droit international dont l'objet ne nous paraît plus temps de régir une définition/opposition de l'État souverain à la société internationale, quant à ses droits sur certains espaces, l'étude du droit du cyberspace, confronté à la notion d'espace virtuel, devra mesurer comment à travers d'innombrables sociétés politiques, le droit international essaiera de prendre en charge des activités humaines dont les conséquences ne s'arrêtent plus désormais aux frontières.* »

66. Sur les bases évoquées, la mise en place d'une réglementation spécifique pour régir les activités dans le cyberspace, nécessite l'intervention de l'État. Le droit international public

⁵⁸ Elizabeth LONGWORTH, Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective néo-zélandaise, précité, p. 41 et s.

⁵⁹ Jean-Jacques LAVENUE, Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis, in *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, n° 3, 1^{er} juillet 1996, p. 811-844, spéc. p. 843-844

positif n'est pas démunie de moyens et de modèles pour organiser le régime des activités dans le cyberspace. Il pourrait ainsi localiser le cybercommerçant.

Le traité apparaît comme fort avantageux en raison de la place essentielle qu'il fait au consentement des États dans la formation du droit international qui leur est applicable⁶⁰. C'est pour cela que certains auteurs ont estimé que la localisation du cybercommerçant pouvait se faire à travers les mêmes règles internationales spécifiques, à l'image de l'espace extra-atmosphérique.

67. Madame Anna Maria BALSANO⁶¹ a abordé les principales questions concernant l'espace extra-atmosphérique⁶² afin de tenter d'établir une évaluation comparative avec le cyberspace.

A l'image d'Internet, l'espace extra-atmosphérique a tout d'abord été utilisé à des fins militaires, avant d'acquérir un caractère commercial dans les années 1990⁶³. L'espace extra-atmosphérique est un domaine qui ne relève de la souveraineté d'aucun État et dont on ne peut s'approprier. Cela pose le problème concernant le régime juridique applicable aux activités effectuées dans cet espace.

Selon l'article VI du Traité sur l'espace extra-atmosphérique, un État a la responsabilité internationale « *des activités nationales dans l'espace extra-atmosphérique* », y compris de celles qui sont entreprises par « *des entités non gouvernementales* » afin de veiller à ce qu'elles soient poursuivies conformément aux dispositions énoncées dans ledit traité. Les États ont donc une responsabilité internationale pour l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique. Ils vont autoriser les activités conduites dans l'espace extra-atmosphérique par un nombre croissant d'entreprises privées, exercer une surveillance continue sur ces activités, conserver leur juridiction, selon l'article VIII dudit Traité, sur les objets lancés dans l'espace qui doivent au préalable être immatriculés. Toutefois, la

⁶⁰ Pour la conclusion et les effets des traités, Voir Suzanne BASTID, Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets, Paris, éd. Economica, Coll. Droit international, 1985

⁶¹ Anna Maria BALSANO, Un instrument juridique international pour le cyberspace ? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique, in Les dimensions internationales du droit du cyberspace, coll. Droit du cyberspace, éd. UNESCO – Economica, 2000, p. 159 et s.

⁶² L'espace extra-atmosphérique se distingue de l'espace aérien qui relève de la souveraineté d'un État, contrairement à l'espace extra-atmosphérique. Il commence à l'orbite la plus basse possible d'un satellite, laquelle se situe actuellement à une altitude comprise entre 80 et 120 kilomètres. Les activités dans cet espace étaient dominées par les deux superpuissances : les États-Unis et l'ex-URSS. Ces activités spatiales ont d'ordinaire conduites directement par les États.

⁶³ Les communications par satellites, les services de lancement et les téléobservateurs terrestres sont maintenant des activités commerciales importantes du secteur privé. L'extraterritorialité de l'exploration spatiale et la nature mondiale de ces préoccupations juridiques ont conduit à la conclusion que les questions soulevées par ces activités concernaient tous les États à part égale et que les Nations-Unies offraient le meilleur cadre pour une approche mondiale de problèmes mondiaux.

réglementation des activités ne tirent pas sa source des législations nationales, mais plutôt d'un ensemble de principes convenus internationalement.

68. Pour autant, la voie conventionnelle n'est pas la voie la mieux adaptée au contexte globalisé dans lequel s'inscrit le cyberspace. Cela est dû à son mode d'élaboration. Le traité se matérialise par un écrit. La force obligatoire de l'écrit est l'aboutissement d'une succession d'étapes qui représentent autant d'occasions de ralentissement du processus normatif. Et de surcroît, il y a beaucoup plus d'États dans le cyberspace que dans l'espace.

Le formalisme ainsi attaché au traité international, facteur évident de lourdeur, explique en partie l'inadaptation de cet instrument au contexte du cyberspace et du commerce électronique.

En effet, négociations, signature, ratification, voire transposition, jalonnent la gestation d'un traité international. Au final, les années nécessaires à l'élaboration et à l'entrée en vigueur d'un traité international représentent une éternité sur l'échelle du temps propre au cyberspace. En effet, le rythme du progrès technique en matière de technologie de l'information a des conséquences sur les réalités physiques qui dessinent cette matière⁶⁴.

69. La faille dans ce raisonnement tient aussi, au fait qu'il y a toujours une attraction vers le monde physique. Certes, un espace a été reconnu, mais il n'existe pas de règles spécifiques localisant les acteurs dans cet espace. Et il n'existe pas de règles spécifiques les soumettant à des juridictions différentes du monde physique. La législation internationale sur l'espace extra-atmosphérique ne se départit pas du contexte matériel. On a recours aux instruments traditionnels de rattachement comme l'immatriculation ou la nationalité. Des solutions de reconstruction de la souveraineté des États ont été trouvées, dans ces environnements qui en sont dépourvus, au moyen des instruments classiques. La référence à la nationalité et à l'immatriculation a permis de recréer des frontières fictives afin de reconstruire une souveraineté étatique quasi territoriale.

La localisation des acteurs de l'espace extra-atmosphérique est donc régie par les règles générales. Il ne saurait en être autrement pour localiser le cybercommerçant. En dépit de sa présence sur le réseau numérique, le cybercommerçant est localisé matériellement. Il semble dès lors normal, d'admettre que dans la mesure où le cybercommerçant et les matériels

⁶⁴ Marie FONTAINE-EVEN, *Le droit international public à l'épreuve du cyberspace mondialisé*, Thèse Bordeaux 2003, précitée, p. 100 et s. ; Voir aussi Guy DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Paris, éd. Economica, 1983, p. 29 et s.

utilisés se trouvent dans les territoires d'États déterminés, ils devraient être soumis aux lois de ces États. L'application des règles générales demeure.

70. En somme, il est difficile de comprendre comment on peut considérer la communauté des internautes comme un ensemble d'individus et d'entreprises virtuels, qui se trouvent amener à opérer sur le réseau numérique d'une façon complètement détachée de n'importe quel État.

En effet, les sujets d'Internet sont des personnes bien réelles, et dans le cas d'actes illicites commis sur le réseau subissent des dommages réels à leur réputation et à leurs biens, qui doivent être évalués par rapport à leur vie réelle et au marché.

Aussi, les moyens et instruments techniques utilisés pour être présent dans l'univers numérique, quels qu'ils soient sont situés dans le territoire d'un État ou dans des espaces soumis à des règles juridiques bien précises⁶⁵.

Il ne saurait être question de créer une législation autonome pour régir un espace virtuel. Les règles traditionnelles s'appliquent simplement au cybercommerçant. Aussi, le rattachement du cybercommerçant à un territoire par l'utilisation de l'analogie suscite des difficultés.

II- Les difficultés liées au rattachement territorial

71. Au lieu de créer un espace autonome, il s'est agi de rattacher le cybercommerçant à un territoire. Toutefois, loin d'appliquer purement et simplement les règles traditionnelles, il a été fait appel à l'analogie pour localiser le cybercommerçant.

Le raisonnement par analogie est appliqué à la notion d'établissement à travers l'établissement virtuel (A) et à la notion d'agent dépendant à travers l'agent dépendant électronique (B).

Toutefois, ces considérations qui relèvent d'une approche analogique des règles de droit ne peuvent être retenus pour rattacher à un territoire, le commerçant de l'univers numérique. Elles ne permettent pas de localiser l'établissement dans un territoire déterminé. Par conséquent elles doivent être réfutées.

⁶⁵ Stefania BARIATTI, Internet : aspects relatifs aux conflits de lois, in Le droit au défit d'Internet : Actes du Colloque de Lausanne, Genève, Librairie Droz, 1997, p. 64-65

A- L'établissement virtuel

72. C'est en droit fiscal que l'opportunité de la localisation du cybercommerçant par des moyens technologiques, a d'abord été discutée. La métaphore d'établissement virtuel s'est retrouvée en matière de fiscalité directe à travers la notion d'établissement stable. L'établissement stable est le critère qui permet au pouvoir régalien d'imposer les opérateurs. La notion d'établissement stable a donné lieu à de nombreux débats au sein de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE). Il s'est agi, pour le cas du cybercommerçant, de savoir si le site Internet (1) ou le serveur d'hébergement (2) peuvent constituer un établissement virtuel.

1- Le site Internet

73. L'entreprise du cybercommerçant n'existe sur le réseau numérique que par la mise en œuvre de moyens techniques donnant naissance à un site Internet. Ainsi, le site Internet est révélateur de la présence commerciale de l'entreprise. Il est accessible au public se trouvant sur des territoires. C'est pour cela que le site Internet est désigné comme l'établissement virtuel du cybercommerçant. L'analogie a été mise en relief en tenant compte de la similarité des fonctions entre le site Internet et l'établissement commercial dans le monde physique. La question était de savoir si le site électronique remplit les conditions permettant de caractériser l'établissement et de localiser ainsi l'opérateur de l'univers numérique. La réponse est fournie par le droit fiscal.

74. La perception de l'imposition directe repose sur la possibilité pour les administrations fiscales de définir le territoire pertinent sur lequel doit s'effectuer la taxation. La notion « d'établissement stable » est donc au centre de la réflexion consistant à établir si une activité a une présence commerciale suffisante dans un pays pour justifier la taxation. Il se peut en effet, qu'un opérateur étranger fournisse en France des prestations de services ou des biens au moyen d'un site Internet. Dans ce cas, il semble difficile de rattacher à la souveraineté fiscale française les revenus de cette personne. Les entreprises qui n'ont pas en France leur domicile fiscal, ne sont imposables en France que si leurs résultats sont rattachables à un « établissement stable » implanté en France. Ce critère est utilisé tant par le droit interne que par le droit fiscal international ; et en l'absence de règles en disposant autrement, il doit s'appliquer au cybercommerçant.

75. Aujourd'hui les principes fiscaux internationaux pour l'attribution des bénéfices à un établissement stable sont définis à l'article 7 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, concernant le revenu et la fortune. Ce texte constitue la base du réseau étendu de conventions fiscales bilatérales entre les pays membres de l'OCDE et entre de nombreux pays membres et non membres. Il a été mis à jour le 22 juillet 2010⁶⁶.

La version finale du rapport 2010 sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables du 22 juillet 2010⁶⁷ réaffirme et souligne que ce rapport n'est censé affecter en aucune manière les critères énoncés à l'article 5 du modèle de convention fiscale de l'OCDE pour déterminer l'existence d'un établissement stable.

L'article 5.1 de la convention modèle OCDE concernant le revenu et la fortune, donne une définition de l'établissement stable, reprise dans la plupart des conventions fiscales bilatérales : l'établissement stable « désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ».

Il ressort trois éléments dans cette définition. D'abord, il faut l'existence d'une installation d'affaires qui est constituée par des locaux, des machines ou de l'outillage. Ensuite, la fixité de l'installation d'affaires, ce qui implique un lieu précis et un certain degré de permanence. Enfin, l'exercice des activités de l'entreprise par l'intermédiaire de l'installation fixe. Il faut donc voir si le site Internet est susceptible de constituer un établissement stable.

Les textes du Code général des impôts et des conventions fiscales internationales font référence à une implantation physique, matérielle et humaine, en un lieu précis. Cette clôture géographique des souverainetés fiscales semble pouvoir être battues en brèche par la volatilité des sites Internet. Ces sites, par ailleurs, peuvent fonctionner sans intervention directe d'une personne. En l'état des textes en vigueur, le site Internet ne peut être qualifié d'établissement stable.

76. Cette conclusion est confirmée par certains auteurs qui ont refusé de reconnaître que le site Internet puisse constituer un établissement stable⁶⁸. En effet, un site peut être facilement déplacé d'un serveur vers un autre par exemple établi dans un autre État. Le site étant accessible partout, un établissement stable serait donc reconnu dans chaque pays, faisant naître autant d'obligations fiscales pour les entreprises. Cette perspective reviendrait à nier le concept d'établissement stable, destinée à éviter une imposition mondiale ingérable.

⁶⁶ Disponible sur le site : www.oecd.org/dataoecd/23/42/45689337.pdf

⁶⁷ Disponible sur le site : www.oecd.org/dataoecd/23/40/45689556.pdf

⁶⁸ Voir Jean-Pierre LE GALL, Internet : cyber-fiscalité ou cyber-paradis fiscal, JCP E 1998, comm., p. 164-169

77. L'OCDE⁶⁹ a clarifié les modalités d'application de la définition qu'elle juge appropriées aux activités de commerce électronique. Un site Internet ne peut en lui-même constituer un établissement stable. La raison évoquée est que le site Internet est une combinaison de données et de logiciels. Il ne peut être considéré comme un actif corporel localisable.

78. La jurisprudence est venue préciser cette position, et il est apparu que la position de principe ne variait pas. Elle admet qu'un site Internet, par nature immatériel, ne semble pas devoir être assimilé à une implantation physique. La décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 mars 2006 concernant la création par un franchiseur de son propre site Internet illustre cette problématique.

Le promoteur d'un réseau de franchise est en droit d'exploiter lui-même un site Internet et de vendre directement ses produits à des clients, quoi qu'ayant consenti des exclusivités territoriales à ses franchisés. La Cour de cassation, a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en énonçant que « *Le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* »⁷⁰.

En définitive, un fournisseur à la tête d'un réseau où des zones exclusives de distribution sont concédées, peut valablement créer son propre site de commerce électronique sans porter nécessairement atteinte aux dites exclusivités⁷¹.

79. En somme, le site Internet n'implique aucune notion de tangibilité, de localisation physique. Il ne répond donc pas au critère de « fixité » de l'installation pour être un établissement stable. Le site électronique ne devrait pas constituer d'établissement stable, faute de *corpus*. Par ailleurs, il est accessible partout dans le monde. Ainsi, l'ubiquité du site Internet ne permet donc pas de localiser le cybercommerçant en un endroit précis.

⁶⁹ Rapport de l'OCDE, « Clarification pour l'application de la définition d'établissement stable dans le cadre du commerce électronique : modifications des commentaires sur l'article 5 », <http://www.oecd.org/dataoecd/46/33/1923388.pdf>

⁷⁰ Cass. com., 14 mars 2006, Laurent X, Rouvelet LPR, M. X c/ Flora, www.legalis.net

⁷¹ Voir Pierre-Marie REVERDY, Un franchiseur peut exploiter un site Internet marchand concurrençant le franchisé sans qu'il s'agisse d'une atteinte à l'exclusivité territoriale prévue au contrat, comm. sous arrêt Cass. com. 14 mars 2006, JCP E, n° 23, juin 2006, n° 1902 ; Vincent FAUCHOUX, et Pierre DEPREZ, Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages, éd. Litec 2008, p.122-123

Le site Internet est hébergé par un serveur détenu par un prestataire de services, situé sur un territoire, qui loue ses équipements au cybercommerçant. Ce serveur peut-il être un établissement stable permettant de localiser le cybercommerçant ?

2- Le serveur d'hébergement

80. Dans le but de localiser le cybercommerçant, le rapprochement avec le serveur qui héberge le site Internet a été évoqué. Le serveur est un espace disque loué sur l'ordinateur d'un prestataire de services. Il est donc une forme d'outillage automatique dotée d'une certaine permanence. Toutefois, le serveur hébergeant le site Internet ne peut être un établissement en raison de la possibilité technique d'opérer depuis un État tiers, par l'intermédiaire d'un serveur situé dans un État de l'Union européenne.

La convention modèle de l'OCDE donne une liste non limitative des installations qui constituent traditionnellement un établissement stable. Selon l'article 5.2, un établissement stable peut être un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier et une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles, un outillage automatique. Le serveur est un outillage automatique d'un genre particulier de celui des machines rudimentaires n'ayant qu'un champ d'opération limité territorialement.

81. Des auteurs dont maître BENAYOUN⁷², soutiennent que conformément à la définition donnée par l'OCDE, le serveur d'hébergement constitue un établissement stable imposable. Partant de cela, l'analogie avec l'exploitation pétrolière a été faite.

En effet, une entreprise hollandaise avait fourni à travers un oléoduc, depuis les ordinateurs qu'elle possède au Pays-Bas, la pression nécessaire pour acheminer des carburants jusqu'au territoire allemand. La Cour suprême allemande a jugé dans un arrêt du 30 octobre 1996 que cette entreprise hollandaise disposait d'un établissement stable alors qu'aucune autre installation, ni même du personnel, n'était sur le territoire allemand⁷³. L'oléoduc a été considéré comme un établissement stable.

⁷² Georges David BENAYOUN, Problèmes fiscaux liés au commerce électronique, LPA 20 juin 1997, p. 5 et s.

⁷³ M. LAMP, « Broadening the Definition of a Permanent Establishment : The pipeline decision » : European taxation, n° 2, févr. 1998, p. 67-71, cité par Olivier BOUTELLIS, L'avenir de la notion d'établissement stable à l'ère de l'entreprise virtuelle : évolution ou révolution ?, in L'entreprise virtuelle, Colloque Paris I, LPA 20 janv. 1999, p. 25-31

Pour s'opposer à la qualification d'établissement stable, d'autres auteurs ont invoqué par analogie, une jurisprudence néerlandaise selon laquelle une exploitation pétrolière flottante n'est pas un établissement stable au motif qu'elle est déplacée plusieurs mois par an hors des eaux territoriales des Pays-Bas. Toutefois, d'autres ont répliqué que des pays comme la Norvège et la Suède ont adopté des pratiques fiscales opposées en matière de plateformes de forage déplacées temporairement hors des eaux territoriales⁷⁴.

82. Il est vrai que les commentaires sur la Convention-modèle OCDE indiquent par exemple qu'il y a établissement stable dans un État étranger si l'activité commerciale y est exercée essentiellement par l'intermédiaire d'un équipement électronique. Encore faut-il du personnel dépendant de l'entreprise intervienne activement dans le fonctionnement de l'équipement ou dans la vente. Ce qui n'est normalement pas le cas pour des opérations sur le serveur.

Le serveur pour constituer un établissement stable, doit être fixe, à savoir qu'il doit être localisé dans un endroit déterminé pendant une période suffisante et non de manière temporaire. L'entreprise qui l'utilise doit en avoir la disposition et le contrôle.

Ainsi, une entreprise dont le site Internet est hébergé par un fournisseur d'hébergement établi dans un autre pays, n'aura pas d'établissement stable dans ce pays, si le fournisseur fait fonctionner seul le serveur⁷⁵.

83. On pourrait cependant se demander si la réponse ne serait pas différente lorsque le serveur appartient au cybercommerçant, qu'il est situé dans l'État où les ventes interviennent et qu'il est autonome par rapport au serveur central de ce dernier. En tout état de cause, il faut rappeler que le cybercommerçant utilise généralement les services d'un prestataire tiers et que les serveurs, du reste multiples et alternatifs, sont situés dans divers États.

Si la qualification d'établissement stable était même concevable, il suffirait d'utiliser un serveur localisé dans un paradis fiscal et de commercer à partir de cet État, ou de déplacer systématiquement le site Internet d'un serveur dans un État à un serveur dans un autre État, peut-être de manière automatique⁷⁶.

La reconnaissance au serveur de la qualité d'établissement stable crée aussi un risque majeur. En effet, certaines entreprises peuvent échapper totalement à l'impôt par la pratique des serveurs « miroirs ». Un serveur miroir est un serveur qui ne s'enclenche qu'en cas de panne

⁷⁴ Cité par Thibault VERBIEST, Internet et fiscalité directe : les nouvelles règles, Expertises déc. 2001, p. 422-424

⁷⁵ Thibault VERBIEST, Internet et fiscalité directe : les nouvelles règles, précité, p. 422-424

⁷⁶ Jean-Pierre LE GALL, Internet : cyber-fiscalité ou cyber-paradis fiscal, précité, p. 164-169

d'un autre serveur ou bien il s'agit d'un serveur alternatif au serveur principal. On parle de miroir, parce qu'il s'agit de copies du contenu de l'autre serveur.

En effet, si plusieurs serveurs situés dans différents États permettent à une entreprise d'effectuer les mêmes opérations, il faudra alors localiser, à chaque opération, celui qui a été utilisé afin de déterminer le lieu d'imposition⁷⁷.

84. Pour conclure, nous pouvons affirmer que le cybercommerçant ne peut être localisé ni à travers le site Internet, ni à travers le serveur d'hébergement. Les règles fiscales rejettent la localisation par ces moyens technologiques. Toutefois, l'établissement stable refait surface, avec la notion d'agent électronique dépendant. Ce critère évoqué par certains auteurs, permettrait de localiser le cybercommerçant.

B- L'agent électronique dépendant

85. Le paragraphe 5 de l'article 5 de la Convention modèle OCDE prévoit qu'une entreprise peut disposer d'un établissement stable dans l'État où est situé un agent dépendant⁷⁸. Dans la plupart des conventions fiscales internationales, en l'absence d'installation fixe d'affaires, la présence d'un agent dépendant habilité à conclure localement des contrats au nom de l'entreprise étrangère suffit à caractériser un établissement stable. Un agent dépendant est une personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu pour le compte duquel il agit. L'agent accomplit une tâche à la demande de quelqu'un.

Ainsi, pour localiser le cybercommerçant, il a été fait appel à cette notion d'agent électronique dépendant pour désigner les logiciels (1) et le fournisseur d'hébergement (2). Toutefois, cette notion doit être récusée.

⁷⁷ Lamia EL BADAWI, Les mutations du droit sous l'influence du commerce électronique, Thèse Paris I, 2007, n° 97-113 p. 46-53

⁷⁸ Il faut rappeler que le modèle de convention de l'OCDE s'est imposé comme l'instrument permettant de résoudre les problèmes les plus fréquents en fiscalité internationale. En assurant une harmonisation des conventions de double imposition, il offre un cadre de référence pour les négociations bilatérales et pour le règlement des conflits.

1- Les logiciels

86. Les logiciels sont des programmes informatiques qui se chargent du traitement automatisé des tâches. Ils sont capables de prendre en compte plusieurs paramètres afin de déclencher une action conforme aux intérêts de leur utilisateur. Le point de savoir si un logiciel peut être considéré comme un agent dépendant a été discuté. Le logiciel ne peut pas être un agent dépendant, car il n'a pas de personnalité juridique.

87. Pour certains, les logiciels jouent en quelque sorte le rôle de mandataires électroniques du cybercommerçant. Ces agents présentent en fait des fonctionnalités équivalentes à celle d'une force de vente⁷⁹. La force de vente d'une entreprise est chargée de l'action commerciale auprès des prospects et clients avec lesquels elle se trouve en contact direct.

Ces logiciels sont utilisés par le cybercommerçant dans le cadre de son activité. Ils sont aussi utilisés abondamment dans le cas des échanges de données informatisés (EDI). De tels programmes sont couramment désignés par les termes « agents intelligents », compte tenu de leur autonomie. Le système informatique, sans attendre une impulsion humaine, prend la décision d'envoyer un message, et donc de faire naître une obligation juridique ou de s'en abstenir. Leur particularité en ce qui concerne l'absence d'intervention humaine, réside dans l'automatisation du processus de prise de décisions. La transmission de l'information a lieu d'ordinateur à ordinateur⁸⁰.

88. Toutefois, le représentant doit être un sujet de droit. Or cette qualité n'est pas reconnue par le droit positif, aux systèmes informatiques. L'attribution d'un statut juridique indépendant aux systèmes informatiques, tel que le supposerait la qualité de mandataire, doit être exclue.

Par conséquent, le logiciel ne peut être un agent dépendant, car seuls ceux qui possèdent une personnalité juridique, personne physique ou morale, peuvent être considérés comme des agents de l'entreprise. Différents prestataires ayant la personnalité juridique, sont amenés à s'interposer entre le cybercommerçant et ses clients. Le fournisseur d'hébergement peut-il être un agent dépendant ?

⁷⁹ Olivier BOUTELLIS, L'avenir de la notion d'établissement stable à l'ère de l'entreprise virtuelle : évolution ou révolution ?, in L'entreprise virtuelle, Colloque Paris I, LPA 20 janv. 1999, p. 25-31

⁸⁰ Voir Marc LANGLOIS et Stéphane GASCH, Le commerce électronique B to B. – De l'E.D.I. à Internet, Paris, 2e éd. Dunod, coll. Internet et professionnel, 2001, p. 2 et s.

2- Le fournisseur d'hébergement

89. La proposition a été faite de qualifier d'agent dépendant, le fournisseur d'hébergement. Le fournisseur d'hébergement a certes, la personnalité juridique, mais il n'est pas un agent dépendant qui permettra de localiser le cybercommerçant. Il ne représente en aucun cas le cybercommerçant. L'hébergeur met simplement à la disposition du cybercommerçant ses équipements qui lui permettront d'exercer ses activités. Ainsi, le cybercommerçant conclut seul ses contrats et les exécute seul sans solliciter l'hébergeur.

Pour qu'un agent dépendant constitue un établissement stable, il doit disposer d'une certaine autorité. Pour apprécier cette autorité, il ne faut pas seulement prendre en compte la délégation de pouvoir de signer au nom de l'entreprise. En pratique, il y aura établissement stable quand il pourra être présumé qu'un accord négocié par l'agent sera accepté par l'entreprise⁸¹. Ainsi, un accord prévoyant l'hébergement d'un site Internet n'aboutit pas à la création d'un établissement stable. Le fournisseur d'hébergement ne constitue pas un agent dépendant, car il ne négocie aucun contrat pour le cybercommerçant. En conséquence, le cybercommerçant ne peut donc avoir d'établissement stable par le biais du fournisseur.

90. C'est ce qui fait dire à certains auteurs⁸² que la dématérialisation de l'entreprise du cybercommerçant met à mal le concept d'établissement stable. Selon ces auteurs, l'approche « matérielle » de l'OCDE semble dépassée et il eût été peut-être plus indiqué d'oser remettre plus fondamentalement en cause l'interprétation traditionnelle de l'établissement stable. Dans la logique de la Convention OCDE, la réalisation de bénéfices substantiels présuppose une implantation ou une présence physique relativement conséquente. Ce sont justement ces postulats qui sont aujourd'hui caduques par l'effet du réseau Internet. Il conviendrait de consacrer « un équivalent numérique » de l'établissement stable. Le point de départ est celui d'un équipement informatique – le serveur – qui, par opposition à un site Internet, peut seul se matérialiser en établissement stable.

Nous ne saurions partager cette position. Il faut se référer au droit commun qui seul permet de neutraliser l'ubiquité. Les solutions sont connues, et il suffit de les appliquer. Cette position est celle des textes du droit fiscal relativement à la notion « d'établissement stable ». La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique s'inscrit aussi dans cette logique. Non seulement elle s'abstient directement de retenir un critère tiré de la localisation des instruments techniques, mais elle rejette encore toute lecture analogique de la notion

⁸¹ Frédéric HUET, La fiscalité du commerce électronique, précité, n° 70 et s., p. 42 et s.

⁸² Des auteurs dont Thibault VERBIEST, Internet et fiscalité directe : les nouvelles règles, précité, p. 422-424

d'établissement. La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique affirme son attachement au droit positif relativement à la notion d'établissement en son article 2, c). Elle exclut expressément qu'un critère technologique puisse permettre de caractériser l'établissement.

91. En conclusion de cette section, nous pouvons dire que la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique réaffirme que la notion d'établissement est classiquement basée sur les critères de stabilité et d'effectivité de l'activité économique du cybercommerçant. C'est aussi le même constat qu'il nous a été donné de faire avec les textes de droit fiscal.

Il est donc judicieux de maintenir les dispositions du droit commun. Les règles générales permettent de rattacher l'opérateur du commerce électronique à un territoire. Ce rattachement est rendu possible à travers le critère de l'établissement. Cela implique nécessairement de rejeter les éléments technologiques de localisation.

L'établissement du cybercommerçant ne peut donc être déduit, à partir des moyens technologiques. La raison est que ces moyens technologiques ne permettent pas de neutraliser l'ubiquité. C'est pour cela que les textes se réfèrent aux éléments traditionnels pour localiser le cybercommerçant.

Section 2- L'admission des éléments traditionnels

92. Le rattachement territorial du cybercommerçant repose sur des éléments traditionnels. La localisation du cybercommerçant nécessite de déterminer les différents critères de localisation admis par le droit commun. Les critères retenus permettent d'anéantir l'ubiquité par l'attraction vers le monde physique et de préserver l'unité et la neutralité des règles générales. En l'absence de dispositions spécifiques au cybercommerçant, il faut se référer aux règles générales pour localiser le cybercommerçant. Il ressort de cela, que pour neutraliser l'ubiquité, il faut appliquer au cybercommerçant les éléments traditionnels de localisation à travers le critère de l'établissement. Cette localisation implique de voir d'une part, les conditions d'application du critère de l'établissement (Paragraphe 1) et d'autre part, les conséquences de l'application du critère de l'établissement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les conditions d'application du critère de l'établissement

93. Le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel par le fait qu'il exerce ses activités dans l'univers numérique. Toutefois, la localisation du cybercommerçant ne se fait pas dans cet univers numérique, marqué par l'ubiquité. Il s'agit donc de rattacher le cybercommerçant au monde physique en lui appliquant le critère de l'établissement. L'établissement nécessite une implantation physique qui demeure le critère matériel (I). Et l'établissement peut aussi se révéler à travers le siège social et l'immatriculation qui sont des critères formels (II).

I- Le critère matériel

94. La localisation du cybercommerçant résulte d'une implantation physique. C'est donc à travers le critère matériel que l'implantation physique est rendue concrète. Ce critère se manifeste à travers la notion d'établissement effectif (A). Aussi, le professionnel de l'univers numérique peut disposer de plusieurs catégories d'établissements (B).

A- La notion d'établissement effectif

95. L'établissement est la « *réunion de moyens humains et de biens en vue d'exercer, de manière durable une activité économique* »⁸³. L'article 2 du Règlement (CE) n° 1346 /2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁸⁴, définit aussi l'établissement comme « *tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens* ».

L'établissement est donc marqué par une installation matérielle sur un territoire donné. Cette installation matérielle permet alors de localiser tout opérateur économique, dont le cybercommerçant.

96. L'implantation matérielle était le critère de localisation des opérateurs avant l'arrivée d'Internet. La présence du cybercommerçant n'a pas modifié ce critère. Et mieux, les nouveaux textes régissant le commerce électronique l'ont réaffirmé. L'implantation matérielle qui caractérise l'établissement effectif, est vue comme une installation stable et durable. C'est ce qui ressort des anciens textes et aussi des nouveaux textes comme la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique transposée par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

En effet, le 19^{ème} Considérant de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique affirme clairement que « *le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. Cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée* ».

Cette condition est transposée dans la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, en son article 14, en ces termes : « *une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social* »

97. L'établissement rattache une personne à une place, une autorité ou un système juridique. Il introduit une forte dose de réalisme. L'établissement effectif devient le pivot autour duquel se fait l'exercice de localisation des personnes. S'établir, s'entend du droit de

⁸³ Lexique des termes juridiques, 22^e éd. Dalloz 2014, Voir établissement

⁸⁴ JO L. 160 du 30 juin 2000, p. 0001 – 0018. Le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité est en cours de révision.

constituer et de gérer une entreprise dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement.

Désigner l'établissement où s'est établie une personne, c'est présumer la trouver à tout moment à cet endroit. De cela se déduit l'idée de permanence de l'établissement. Si la stabilité de l'établissement ressort souvent renforcée par l'ajout d'adjectifs le confortant, « définitif », « habituel », « permanent » ou « effectif », ce qui compte finalement, c'est que la personne ait l'intention de rester à l'endroit choisi pour un temps indéfini. La stabilité qui caractérise l'implantation signifie de manière positive, l'intention de s'établir dans une perspective prolongée. En définitive, l'établissement fait appel à deux critères : un critère géographique constitué par une implantation physique et un critère temporel constitué par un degré de permanence.

98. L'implantation physique est nécessaire au cybercommerçant. Et elle peut se voir à travers simplement le local abritant le matériel informatique, nécessaire à l'activité. Aussi, elle peut être constituée, à l'image des entreprises du commerce traditionnel, de grands locaux abritant des bureaux, des entrepôts et autres.

La condition de temporalité implique que le cybercommerçant ait l'intention de permanence à son installation matérielle. Le caractère de permanence est inhérent à l'activité exercée par le cybercommerçant. Cette activité ne doit pas être occasionnelle, ni sporadique. Aussi, si l'opération est ponctuelle, l'activité doit pouvoir se dérouler dans un laps de temps assez long selon le cas d'espèce. Les caractéristiques de l'activité du cybercommerçant sont donc importantes.

Afin d'apprécier l'existence d'une certaine permanence, il faut pouvoir se fonder sur des éléments objectifs et donc l'intention ne suffit pas. En fait on se basera plutôt sur la longueur du temps qui doit effectivement s'écouler pour déterminer si une activité ne doit pas être considérée comme temporaire. Étant donné qu'aucun délai précis n'a été retenu, cette durée doit être appréciée au cas par cas, en tenant compte de la nature de l'activité.

99. En somme, la stabilité et la durée de l'activité, sont les seules caractéristiques de l'établissement, quelque soit le lieu d'exercice de l'activité. L'établissement implique de disposer d'un personnel propre et d'une structure présentant un degré suffisant de permanence. Le cybercommerçant comme tout opérateur, peut être localisé en ayant recours au critère du droit commun. Le rattachement par l'établissement permet de fixer le cybercommerçant en un endroit précis en neutralisant l'ubiquité. Aussi, le cybercommerçant à

l'image du commerçant classique, peut avoir plusieurs établissements. Il faut aborder les différentes catégories d'établissements.

B- Les catégories d'établissements

100. Le cybercommerçant à l'image du commerçant traditionnel, peut avoir plusieurs établissements. Ces établissements se décomposent en établissement principal et en éventuels établissements secondaires.

L'établissement principal est le lieu d'affaires, le centre des opérations. Il dispose même, assez fréquemment, d'une espèce d'autonomie organique par rapport à la personne elle-même devenant, en quelque sorte le cadre de son entreprise. L'établissement principal constitue la plupart du temps, le lieu de fixation du siège social. Toutefois, sous le poids des réalités, intégration et développement économique aidant, l'établissement principal tend à s'échapper quelquefois, du cadre juridique dans lequel il était enserré. Il accède par là même à une certaine autonomie au regard du siège social.

101. L'établissement secondaire est défini par l'article R. 123-40 du Code de commerce comme « *tout établissement, distinct du siège social ou de l'établissement principal dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec des tiers* »⁸⁵.

Un établissement secondaire est d'abord un établissement permanent, et non un simple établissement ouvert provisoirement pendant une courte durée. Il doit ensuite être distinct du siège social ou de l'établissement principal, ce qui exclut les hypothèses de locaux contigus ou voisins. L'établissement secondaire doit être dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers. Il a ou n'a pas d'autonomie d'exploitation pourvu qu'il soit permanent et distinct du siège social et de l'établissement principal et dirigé par une personne qui a le pouvoir d'engager la société⁸⁶.

102. L'établissement secondaire est constitué de filiale, de succursale, etc. La succursale est un établissement dépourvu de la personnalité morale. Elle n'est donc pas juridiquement autonome, même s'il peut avoir autonomie de fait. La succursale est un

⁸⁵ La définition est issue de l'article 9 alinéa 5 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984, JO 31 mai 1984

⁸⁶ Jean-Marc BAHANS, Conditions et effets de l'immatriculation en France des sociétés étrangères, in Bulletin Joly sociétés, 1^{er} mars 2002, n° 3, p. 406-410

établissement secondaire qui dans la dépendance d'un établissement principal dont elle fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable et autonome dans des locaux séparés, une activité similaire. L'autonomie se manifeste par ses services commerciaux, financiers et techniques propres et par une comptabilité distincte. La filiale, est au contraire juridiquement autonome, dotée de la personnalité morale, même si elle peut être dépourvue en fait de toute autonomie vis-à-vis de sa mère.

103. Ces dispositions s'appliquent au cybercommerçant et permettent de résoudre le problème de l'ubiquité. Il faut rechercher une implantation matérielle de l'opérateur qui exerce une activité stable et durable. Cette implantation matérielle se voit à travers les entrepôts, les magasins ou les usines. Certains cybercommerçants ont donc choisi d'ouvrir des magasins physiques peu après la création du site Internet. La boutique physique vient en soutien de l'activité électronique. Ces cybercommerçants développent une synergie entre leurs activités sur Internet et dans le monde traditionnel. C'est le cas du site de déstockage Mistergoodeal ou du comparateur de crédit Meilleurtaux.com. Ce dernier dispose de plus d'une quinzaine d'agences réparties sur toute la France. Le site d'e-tourisme Promovacances a ouvert des magasins physiques. Il en est de même du site de produits high-tech Ldlc.com.

104. D'autres entreprises du commerce électronique sont des filiales de grandes sociétés reconnues dans le monde physique. Ces filiales bénéficient donc d'un atout majeur, car elles appartiennent à des groupes internationaux. Elles peuvent réaliser ainsi des économies d'échelle importantes en globalisant les coûts de développement ou de communication/marketing. C'est le cas de C-discount qui appartient à Casino, Pixmania (matériels électroniques) qui appartient désormais au groupe britannique Dixon.

Dans le domaine de la grande distribution, Auchandirect est une filiale du groupe Auchan. Houra est une filiale créée en 1999 par le groupe Cora⁸⁷. « Voyages-sncf.com. » (aujourd'hui, l'agence VSC) est une filiale qui résulte du partenariat entre la SNCF et le groupe Expedia, ayant pour objet non seulement de vendre des billets de train, mais aussi de louer des voitures ou des chambres d'hôtel.

Dans le secteur bancaire nous pouvons citer Boursorama, et e-LCL qui sont les filiales respectives de La société générale et de LCL. Aussi, le Conseil d'État⁸⁸ a affirmé que les groupes-agences d'une banque constituent, pour l'application de l'article L. 435-I du Code de

⁸⁷ Josse ROUSSEL, Vers l'entreprise numérique, éd. Gualino éditeur, EJA – Paris, 2005, p. 116-117

⁸⁸ Conseil d'Etat, 28 juil. 1993, Req. n° 110-705, 110-706 et 110-707, Syndicat national du personnel de la Société générale C.F.T.C., LPA n° 130, du 29 oct. 1993, p. 4-6

travail, des établissements distincts dès lors qu'ils ont une implantation géographique distincte et que leurs directeurs bénéficient d'une autonomie certaine, alors même qu'interviennent des suppressions ou modifications dans leur composition à condition que celle-ci ne leur enlève pas leur caractère de stabilité.

105. Le cybercommerçant peut être rattaché à un territoire par le recours à l'établissement secondaire. C'est dans ce contexte que la jurisprudence a étendu à l'ordre international la théorie dite des « gares principales ». Selon cette théorie, une société peut être assignée devant un tribunal dans le ressort duquel se situe une succursale, dès lors que celle-ci constitue un centre d'opérations ayant le pouvoir d'engager la société vis-à-vis des tiers et que le litige se rattache à cette succursale⁸⁹.

La question s'est posée à propos des sociétés de chemin de fer et des compagnies d'assurance, qui avaient de nombreuses gares ou agents à travers le territoire. Fallait-il contraindre le voyageur ou l'assuré qui avait acheté son billet ou souscrit sa police dans un lieu différent de celui du siège statutaire à saisir la juridiction du lieu du siège statutaire ?

La jurisprudence dite des gares principales a estimé que, dans ce cas, la société pouvait être valablement assignée au lieu de son agence régionale ou locale. Cette solution a été assortie de deux conditions : que le directeur de l'agence ait été habilité à représenter la société, et que le litige soit né d'une convention ou d'un fait lié à l'exploitation de l'agence. Il ressort de cela que le cybercommerçant peut être assigné au lieu où se trouve son établissement secondaire. L'existence d'un établissement secondaire permet de rattacher le cybercommerçant à un territoire.

Toutefois, il arrive des cas où le rattachement par l'établissement secondaire ne permet pas de neutraliser entièrement l'ubiquité. En effet, certains cybercommerçants, comme Amazon, bien qu'ayant des établissements secondaires sur un territoire, se jouent des frontières en délocalisant leurs bénéfices dans des pays à faible fiscalité afin de profiter des avantages fiscaux⁹⁰.

106. En résumé, il existe une implantation matérielle qui permet de localiser le cybercommerçant. Ce dernier est donc rattaché à un territoire par l'établissement, qu'il soit

⁸⁹ Cass. com. 21 mars 1995, Bull. civ. IV, n° 93 ; Voir Hervé SYNDET, Société, in répertoire du droit international (Dalloz), août 2004, p. 1-38, spéc. p. 35

⁹⁰ Cette situation sera développée au chapitre 1 du titre 2 : Voir *infra* n° 324 et s.

principal ou secondaire. Cependant à l'image des commerçants traditionnels, ce ne sont pas tous les cybercommerçants qui ont une implantation matérielle facilement détectable. Il faut avoir recours aux indices afin de les localiser. Cette méthode est celle utilisée, pour les commerçants qui exercent leurs activités dans le monde physique. Il y a une présomption de l'existence d'un établissement à travers les critères formels.

II- Les critères formels

107. Le rattachement du cybercommerçant à un territoire émane ici de la déclaration de volonté de ce dernier. L'élément intentionnel a pour but d'établir une présomption de l'existence d'un établissement dans un territoire donné. La déclaration de volonté permet, en principe, de choisir le lieu du siège principal de ses activités ou le lieu de l'immatriculation de l'établissement. La localisation adoptée devant être nécessairement corroborée par des éléments matériels. Le rattachement résulte donc de la volonté du cybercommerçant de choisir tel lieu pour le siège social ou tel lieu pour l'immatriculation.

Le rattachement du cybercommerçant à un territoire peut s'opérer à travers les critères formels que sont l'immatriculation (A) et le siège social (B).

A- L'immatriculation

108. Une large place est accordée à la conception subjective. Cette conception subjective respecte la volonté du cybercommerçant de s'établir dans un lieu donné. Il ressort de cela que le cybercommerçant peut être localisé à travers l'immatriculation. Les conditions relatives à l'immatriculation imposent de disposer d'un établissement sur le territoire au terme des dispositions de l'article L. 123-1 du Code de commerce.

109. Le commerçant, personne physique, doit demander son immatriculation, en principe au greffe dans le ressort duquel est situé son principal établissement. L'immatriculation des personnes morales est régie par l'article L. 123-11 du Code de commerce qui dispose : « *toute personne morale demandant son immatriculation au registre du commerce et des sociétés doit justifier du ou des locaux où elle installe seule ou avec d'autres, le siège de l'entreprise, ou lorsque celui-ci est situé à l'étranger, l'agence, la succursale ou la représentation établie sur le territoire français* ».

Au cours de la période de constitution, les fondateurs ne sont pas tenus d'observer une loi prédéterminée, qui leur serait extérieure. Ils entreprennent de constituer une société dans le cadre d'un ordre juridique qu'ils ont eux-mêmes choisi, et suivent tout naturellement les prescriptions de cette loi. Si la société est de droit français, le processus de constitution s'achève par l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁹¹.

110. La jouissance de la personnalité ne résulte pas du contrat de société, mais de l'immatriculation. L'immatriculation ne constitue plus seulement une condition supplémentaire de publicité mais la condition déterminante de l'acquisition de la personnalité juridique. L'acquisition de la personnalité juridique de la société est soumise à un enregistrement auprès d'une autorité publique. Or une autorité n'immatricule que des sociétés soumises à son propre droit ; ce qui suppose qu'un rattachement ait été préalablement adopté par les fondateurs. Par conséquent, l'immatriculation est un critère de rattachement des sociétés au droit français. Ce rattachement est rendu possible par la présence d'un établissement sur le territoire français. Il en est ainsi pour le cybercommerçant.

111. Dans un contexte d'économie mondialisé, les opérateurs n'évoluent plus sur un marché unique, mais dans plusieurs États à travers des structures secondaires telles la succursale ou la filiale ou l'agence. La situation est encore plus délicate avec le commerce électronique. En effet, l'opérateur du commerce électronique se retrouve dans presque tous les pays du monde sans nécessairement passer par les filiales ou succursales ou agences. L'extension et le développement des affaires rendent nécessaire la connaissance personnelle des situations des opérateurs. Cela se justifie par la nécessité d'assurer la publicité des faits et actes des personnes physiques et morales. Les tiers trouvent une protection dans les règles gouvernant l'immatriculation des sociétés étrangères. Ces sociétés sont tenues de s'immatriculer si elles ont un établissement en France. Leur immatriculation ne confère évidemment pas la personnalité morale à l'établissement⁹².

⁹¹ Hervé SYNDET, Société, in répertoire du droit international (Dalloz), août 2004, précité, p. 1-38

⁹² Rappelons que la personnalité juridique doit être admise en France dès lors qu'elle vérifie les conditions de sa reconnaissance par le droit français. Il n'en demeure pas moins que la société étrangère est assujettie à l'immatriculation dès lors qu'elle ouvre un établissement en France. Cet établissement doit être distinct du siège social. Il doit posséder un caractère permanent et être dirigée par une personne ayant le pouvoir de nouer des relations juridiques avec les tiers. Cette immatriculation est obligatoire, que cet établissement s'analyse en une agence, une succursale ou tout autre démembrement matériel de l'entreprise. L'immatriculation ici n'est pas d'effet créateur sur la personnalité de la société étrangère. Celle-ci est conférée par le droit de l'État dans lequel elle s'est constituée.

112. En définitive, face à l'orientation vers le rattachement par l'immatriculation et renforcé par la mission de contrôle du greffier, tout en permettant un contrôle juridictionnel, le droit commun est bien armé pour relever les défis concernant la localisation du cybercommerçant. Ce contrôle efficace et rapide, permet de vérifier si la déclaration de volonté coïncide avec la réalité d'un établissement effectif. Il est donc source de sécurité juridique⁹³. L'immatriculation devient de ce fait, une présomption de l'existence d'un établissement effectif. Elle permet donc de rattacher le cybercommerçant à un territoire. Il en est de même pour le siège social.

B- Le siège social

113. Le critère formel qu'est le siège social accorde une place essentielle à l'expression de la volonté des fondateurs de la personne morale. La volonté du cybercommerçant se manifeste dans la désignation du lieu du siège de l'entreprise. Cette désignation est inscrite dans les statuts et a pour conséquence d'établir le rattachement à un territoire.

114. Le siège social est désigné comme le lieu où se trouve la résidence principale ou comme l'emplacement du domicile statutaire de la société. Le siège social est donc assimilé au domicile, outil de localisation des personnes physiques. C'est donc le lieu d'implantation ou domicile déterminé dans les statuts. Le domicile est un lieu privé qui permet de rattacher la personne physique à un ressort territorial de manière stable et continue. Alors que l'établissement principal est le siège d'activité économique, matérialisé par une installation stable, le siège social désigne le lieu où s'écoule la vie juridique de la personne morale. Ce centre décisionnel peut être distinct du lieu où elle exerce sa principale activité d'exploitation, où elle développe son industrie et son commerce. Le siège social est le centre de la vie juridique de la société, le lieu où se réunissent les organes d'administration et de direction et où sont tenus et conservés les livres et documents officiels⁹⁴. Le siège social est fondamental car il détermine la nationalité de la société et fonde le rattachement juridique de cette dernière.

⁹³ Michel MENJUCQ, Prépondérance de la loi d'immatriculation et nécessité d'un contrôle rapide et sûr de la constitution des sociétés, in RLDA 2009, n° 40 du 07/2009

⁹⁴ Yves GUYON, Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés, t 1, Economica, 12^e éd., 2003, n° 178, p. 185

115. Tout cybercommerçant qui demande son immatriculation au registre du commerce et des sociétés doit justifier de la jouissance du ou des locaux où il installe le siège de l'entreprise. Pour cela, il doit présenter au greffier le titre de propriété ou le bail du local où il prétend avoir son siège. La société est donc tenue de déterminer dans ses statuts le siège de ses activités⁹⁵.

Il est donc possible de localiser le cybercommerçant en ayant recours au siège social statutaire. Le critère du siège statutaire est donc consacré pour la localisation de l'opérateur. Il est plus respectueux de la volonté des fondateurs. Le siège social permet le rattachement juridique de la société.

116. Ce critère formel constitue une présomption de l'existence de l'entreprise du cybercommerçant sur un territoire donné. Cette présomption doit être consolidée par des éléments factuels. C'est ce qui ressort de la décision de la CJUE, le 20 octobre 2011, dans l'affaire *Interedil*⁹⁶, qui précise que « *dans l'hypothèse où les organes de direction et de contrôle d'une société se trouvent au lieu de son siège statutaire et que les décisions de gestion de cette société sont de manière vérifiable par les tiers, en ce lieu, la présomption prévue à cette disposition ne peut être renversée* »⁹⁷.

On voit dès lors que ce qui importe c'est que des éléments factuels viennent concrétiser l'expression de la volonté du cybercommerçant dans les statuts. Le siège social doit être le lieu d'administration centrale de la société. C'est donc le lieu où se produisent par l'intermédiaire de ses dirigeants, les manifestations principales de son existence juridique.

117. Le siège de direction effective est le lieu où sont effectivement prises les décisions concernant la gestion de l'entreprise. Ce lieu coïncide d'ailleurs dans la plupart des cas avec le siège social statutaire.

Le siège social est le lieu choisi par les associés et mentionné dans les statuts où se situent le centre de la vie juridique et la direction de la société. Il y a donc un élément intentionnel et un

95 Paul DIDIER et Philippe DIDIER, Droit commercial : Les sociétés commerciales, t 2, éd. Economica, 2011, p. 132 et s.

⁹⁶ CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-396/09, *Interedil* : Dans cette affaire, à la suite de son rachat par une société anglaise la société italienne *Interedil* a été radiée du registre du commerce de Bari pour s'immatriculer comme société étrangère à Londres, sans pour autant devenir une société de droit anglais. En effet, *Interedil* est restée une société de droit italien ; elle a seulement changé de siège administratif. Un an plus tard, après avoir vendu une grande partie de ses actifs immobiliers italiens à une société anglaise, elle a été radiée du *Company house*. Toutefois, cette radiation n'impliquait l'intervention d'aucun juge et ne sous-tendait pas l'ouverture d'une procédure de *winding up*. *Interedil* a tiré la conséquence de ce qu'elle n'avait plus d'activité en Angleterre. Par conséquent, la société a conservé sa personnalité morale de droit italien, sans être pour autant immatriculée en Italie

⁹⁷ Voir Reinhard DAMMANN et André ALBERTINI, L'arrêt *Interedil* de la CJUE : notion de centre des intérêts principaux, JCP E n°19-20, du 11 mai 2012, p. 25-32, n° 1309

élément matériel. Cependant, ces éléments peuvent ne pas coïncider et il existe alors une dissociation entre le siège statutaire et le siège réel. Dans ce cas, le droit français permet aux tiers et à eux seuls sauf fraude avérée, de se prévaloir de l'un ou de l'autre selon leurs intérêts⁹⁸.

Ainsi, dans la mesure où il est reconnu que le siège statutaire d'une société est fictif, c'est le siège social réel qu'il conviendrait de prendre en compte. Le siège social réel ou siège de direction effective, s'entend du lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de l'entreprise⁹⁹. Dans ce contexte, la théorie du siège réel est prise comme un critère correctif de la compétence de principe du siège statutaire.

118. La présomption de l'établissement est donnée par le siège social dans les statuts. Ce n'est qu'une présomption simple, la preuve contraire de l'inexistence d'un établissement dans le territoire peut être rapportée. Il est fait appel au siège réel à l'alinéa 2 de l'article 1837 du Code civil qui permet aux tiers de se prévaloir d'une option en faveur du rattachement par rapport au siège réel en cas de fraude. La situation est similaire avec l'article L. 210-3 du Code de commerce, en son alinéa 1 qui admet que le rattachement de principe soit celui du siège statutaire et celui d'exception en son alinéa 2, celui du siège réel.

C'est dans cette logique que s'inscrit la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Elle a tenu à préciser, en son article 14, alinéa 3, afin d'éviter les sièges sociaux fictifs choisis uniquement pour bénéficier d'une législation plus souple, que le lieu d'établissement n'est pas nécessairement le « *lieu d'implantation (du) siège social* ».

119. Le recours aux critères formels a permis de caractériser la présomption de l'existence d'un établissement. Cette présomption doit être confortée par des éléments matériels pour permettre le rattachement du cybercommerçant à un territoire. Les indices comme l'immatriculation, le lieu du siège social, servent comme éléments de preuve dont la constatation fait présumer l'existence d'un établissement. Ainsi, la neutralisation de l'ubiquité est rendue possible à travers les critères formels.

⁹⁸ Michel MENJUCQ, Transfert international de siège social : état du droit positif, in JCP E 1999, n° 41, p. 1617

⁹⁹ Pierre-Jean DOUVIER, Résidence de l'entreprise : L'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne, LPA, n° 97, 15 mai 2002, p. 30-33

120. En conclusion du paragraphe 1, nous pouvons affirmer que le critère matériel à travers l'implantation physique et les critères formels que sont le siège social et l'immatriculation, ont été toujours utilisés dans le commerce traditionnel. Ils constituent les conditions d'application du critère de l'établissement. Ils sont efficaces pour localiser le cybercommerçant. Le critère de l'établissement effectif permet alors de neutraliser l'ubiquité. Aussi, l'application du critère de l'établissement au cybercommerçant produit certaines conséquences qu'il convient d'étudier.

Paragraphe 2- Les conséquences de l'application du critère de l'établissement

121. La localisation du cybercommerçant s'effectue par l'utilisation des éléments traditionnels. Ces outils de localisation sont communs à l'ensemble des opérateurs et permettent de neutraliser l'ubiquité. Que ces opérateurs exercent leurs activités dans le monde physique ou dans l'univers numérique, les règles de localisation sont les mêmes. Aussi, la force dominante des règles générales dans cette entreprise de localisation du cybercommerçant par l'établissement, est reconnue et réaffirmée par les nouvelles dispositions relatives au commerce électronique. Ces dispositions, loin de créer des règles dérogatoires font référence aux règles du droit commun ou les reprennent. La conséquence est que grâce au critère de l'établissement, le cybercommerçant est soumis aux mêmes règles que le commerçant traditionnel pour la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable. Toutefois, il faut reconnaître que l'efficacité de ces règles peut être compromise dans certaines situations dues à la fraude qui est mise en œuvre facilement sur Internet. Ainsi, l'application du critère de l'établissement au cybercommerçant a pour but de préserver l'unité des règles (I) et la neutralité des règles (II).

I- L'unité des règles

122. Le cybercommerçant peut être rattaché à un territoire par l'application des dispositions générales. Les textes sur le commerce électronique affirment l'unité des règles à travers la notion d'établissement.

Ainsi, la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique détermine le lieu d'établissement du cybercommerçant par référence aux principes énoncés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (A).

Elle s'inscrit aussi dans la droite ligne des textes tant nationaux qu'internationaux qui font de l'établissement un dénominateur de localisation de l'opérateur (B).

A- La référence du droit européen à la jurisprudence antérieure

123. Le droit européen reprend la définition de l'établissement donnée par la Cour de justice de l'Union européenne. Et dans cette définition, se trouvent logés les principes de liberté d'établissement et de liberté de prestation de services. Il s'agit de constituer un bloc solide quant à la notion d'établissement. C'est la raison pour laquelle la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique à travers ses dispositions relatives à l'établissement du cybercommerçant, va s'appuyer sur les décisions antérieures qui ont consacré cette notion. C'est donc l'unité des règles qui est consacrée par la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique.

124. La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique fait une référence explicite à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, le 19^{ème} Considérant de cette Directive affirme clairement que « *le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée* ».

125. Dès lors le droit de l'Union européenne maintient sa conception économique de l'établissement, dont la définition a été donnée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

La Cour de justice dans l'affaire Factortame, a affirmé que « *la notion d'établissement, au sens des articles 52 et suivant du Traité, comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée* »¹⁰⁰.

Le 16 décembre 1988, Factortame e. a., regroupant à la fois des personnes physiques et des sociétés de droit britannique, ainsi que des administrateurs et actionnaires de celles-ci, ont introduit une action devant la haute juridiction¹⁰¹, afin de contester la compatibilité de la

¹⁰⁰ CJCE, 25 juillet 1991, factortame, aff. C 221/89, Rec., p. I-3965, point 20 ; disponible sur le site : www.eur-lex.europa.eu

¹⁰¹ *High Court of Justice*

partie II de la loi britannique de 1988 sur la marine marchande (*Merchant shipping Act 1988*) avec le droit européen et en particulier l'article 52 du traité CEE (actuel article 49 alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰²). Cette loi était entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1988, sous réserve d'une période transitoire expirant le 31 mars 1989. Elle prévoyait l'établissement d'un nouveau registre pour les bateaux de pêche britanniques et subordonnait désormais l'immatriculation de ces derniers, y compris de ceux déjà immatriculés dans un ancien registre, à certaines conditions de nationalité, de résidence et de domicile des propriétaires. Les navires de pêche non susceptibles d'être immatriculés dans le nouveau registre étaient privés du droit de pêcher.

En réponse à des questions préjudicielles posées par la juridiction nationale saisie, la Cour de justice, dans l'arrêt du 25 juillet 1991 (*Factortame II*), a jugé que le droit de l'Union européenne s'oppose à des exigences de nationalité, de résidence et de domicile des propriétaires et des exploitants des bateaux telles que celles prévues par le système d'immatriculation institué par le Royaume-Uni.

126. En définitive, la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique nous rappelle l'état du droit positif sur la notion d'établissement. Elle consacre par la même occasion de manière implicite la liberté d'établissement affirmée par la Cour de justice dans cet arrêt. D'une disposition à l'autre, des lignes de force apparaissent. Il ressort de cela, que l'établissement est une notion stable qui résiste à l'évolution.

La définition de l'établissement conforme avec la jurisprudence européenne, vise à montrer qu'il existe désormais un dénominateur commun de localisation des opérateurs.

B- L'existence d'un dénominateur commun de localisation des opérateurs

127. L'établissement apparaît aujourd'hui comme un cadre organisationnel privilégié de localisation des opérateurs tant en droit interne qu'en droit international. Et c'est la conception réaliste de l'établissement qui est au cœur de toutes les disciplines. Le critère de l'établissement constitue un élément naturel de rattachement des personnes. L'établissement devient de ce fait le dénominateur commun de localisation des opérateurs. La localisation du

¹⁰² « La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises et notamment de société au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux »

cybercommerçant à travers le critère de l'établissement révèle que la notion d'établissement s'inscrit dans toutes les disciplines et dans le temps. L'établissement est un critère de rattachement qui permet de déterminer la juridiction compétente (1) et la loi applicable (2).

1- La détermination de la juridiction compétente

128. Pour déterminer la juridiction compétente, l'on fait appel au critère de l'établissement. L'utilisation du critère de l'établissement à travers l'établissement principal ou le siège social et les établissements secondaires, permet d'appliquer au cybercommerçant les règles de conflit de juridictions et les règles relatives aux actes de procédure.

129. En premier lieu, l'établissement principal ou le siège social sert à déterminer la juridiction compétente dans le cas des règles de conflit et de la procédure d'insolvabilité. D'abord, en ce qui concerne le conflit de juridictions, la réponse est donnée par le Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I et le Code de procédure civile. Il ressort de cela que la règle générale de compétence est le domicile du défendeur. La juridiction compétente est celle du lieu où se trouve le cybercommerçant défendeur. C'est ce qui est traduit à l'article 2-1 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I, (désormais article 4-1 de la refonte dudit Règlement) : *« Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre »*.

Cela est repris par l'article 42 du Code de procédure civile français : *« La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur »*. Pour le cas des personnes morales, le domicile constitue le siège social. La société doit être assignée devant le tribunal du lieu où elle est établie selon l'article 43 du Code de procédure civile, c'est-à-dire suivant la solution traditionnelle, devant le tribunal du siège social. Ces règles s'appliquent aisément dans l'univers numérique lorsque le cybercommerçant a la qualité de défendeur.

Ensuite, le critère de l'établissement est utilisé pour déterminer le centre des intérêts principaux du cybercommerçant débiteur dans le but d'ouvrir les procédures d'insolvabilité. Ce critère se manifeste à travers le siège social. Au niveau du droit européen, c'est l'article 3 paragraphe 1 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité qui prévoit que : *« Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel*

est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège social ».

Au niveau national, certaines actions doivent, en raison de leur importance, être toujours portées devant le tribunal dont relève le siège social, selon l'article 1406 du Code de procédure civile. Il s'agit notamment des procédures de redressement judiciaire et des procédures d'injonction de payer¹⁰³.

130. En deuxième lieu, la question de la pluralité des lieux d'établissement¹⁰⁴ est évoquée par le droit positif à travers le critère de l'établissement. Le critère de l'établissement rend compte de la dispersion des attaches matérielles des personnes. Il faut déterminer la localisation des différents établissements secondaires. Aussi, les règles européennes et françaises ont tenu compte de la déconcentration des activités de l'opérateur pour déterminer la juridiction compétente dans les règles de conflit et dans les actes de procédure.

D'une part, les règles de conflit déterminant la compétence judiciaire prennent en compte les établissements secondaires. C'est ce qui est mentionné à l'article 15, alinéa 2 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire (article 17 point 2 de la Refonte dudit Règlement) en ces termes : *« Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile dans le territoire de cet État »*

D'autre part, les établissements secondaires permettent d'appliquer les règles relatives aux procédures d'insolvabilité. En effet, l'article 3 paragraphe 2 du Règlement (CE) n° 1346 /2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité dispose que : *« Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard du débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire ».*

¹⁰³ Jean Bernard BLAISE, Droit des affaires : commerçant, concurrence, distribution, Paris, 7^e éd., L.G.D.J., 2013, n° 292 et s. ; Voir aussi Pierre-Jean DOUVIER, Résidence de l'entreprise : L'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne, LPA, n° 97, 15 mai 2002, p. 30-33

¹⁰⁴ Louis DUBOIS et Claude BLUMANN, Droit matériel de l'Union européenne, Paris, Montchrestien Lextenso éditions, 6^e éd., 2012, n° 1045, p. 529

2- La détermination de la loi applicable

131. Le critère de l'établissement est utilisé pour déterminer la législation applicable. Il ressort de cela que les textes européens et les textes nationaux s'accordent pour retenir l'établissement comme lien de rattachement des personnes physiques et morales. Le cybercommerçant comme le commerçant traditionnel, est soumis à la législation du territoire dans lequel il se trouve, en ayant recours au critère de l'établissement.

132. Dans un premier temps, les textes européens déterminent la législation applicable en ayant recours au critère de l'établissement. Il s'agit entre autres de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique et du Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)¹⁰⁵.

De manière générale, la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique en son article 3, prévoit que le cybercommerçant est soumis à la législation de l'État membre où il est établi : « *Chaque État veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respecte les dispositions nationales applicables dans cet État membre* ». C'est la règle du pays d'origine ou « clause marché intérieur ». Cette règle du pays d'origine constitue la pierre angulaire de la directive, puisqu'elle crée la sécurité et la clarté juridiques nécessaires pour permettre au cybercommerçant d'exercer son activité dans l'ensemble des pays de l'Union européenne. L'article 17 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la directive commerce électronique, soumet l'activité à la loi du pays où est établi le cybercommerçant.

Dans le cadre des relations contractuelles, le Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) consacre la localisation de l'une ou des deux parties au contrat pour déterminer la législation applicable. Il privilégie l'établissement du débiteur de la prestation caractéristique comme facteur de rattachement en cas de silence des parties. C'est à partir du lieu où la personne qui remplit la fonction économique caractérisant le contrat, exerce son activité professionnelle, qu'elle doit la prestation caractéristique. Cette méthode de localisation, plus adaptée au commerce international, s'applique pleinement au commerce électronique. L'activité est donc enracinée dans le pays où se trouve le cybercommerçant lorsque ce dernier vend des biens ou assure la prestation de services, comme cela est le cas dans la plupart des situations. Puisque les transactions commerciales sur Internet sont le fait d'opérateurs établis sur des territoires

¹⁰⁵ JOUE L. 177/6 du 4 juill. 2008

étatiques, les règles générales paraissent adaptées à la distance et à la dématérialisation. Le cybercommerçant est soumis de ce fait aux lois de son lieu d'établissement dans ses relations contractuelles.

133. Dans un deuxième temps, les textes de droit interne utilisent aussi le critère de l'établissement pour déterminer la législation applicable.

D'abord, de manière générale, les personnes physiques comme morales installées sur le territoire français sont soumises à la législation nationale. C'est exactement ce que révèle l'article 3, alinéa 1 du Code civil en ces termes : « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* »

Ensuite, de manière particulière, le rattachement de la personne morale à la législation française, tient à son siège social. Ainsi, aux termes des dispositions des articles 1837 du code civil et L. 210-3 du Code de commerce, toute société dont le siège est situé sur le territoire français, est soumise à la loi française. Il en résulte que toute société soumise aux dispositions de la loi française bénéficie des droits privés reconnus aux français. En France, la nationalité est attribuée aux sociétés *jure soli*.

134. En définitive, rares sont les textes de droit interne, d'ordre civil, commercial, fiscal ou social notamment, mais aussi de droit européen et surtout de droit international privé où le mot « établissement » est absent. L'établissement devient un mode exclusif de localisation des personnes. L'établissement est aujourd'hui une notion juridique de référence de l'ensemble des textes qui permet de déterminer la juridiction compétente et la législation applicable. Ces différents textes s'appliquent au cybercommerçant parce qu'il a un établissement qui se trouve dans un État de l'Union européenne. L'application du critère de l'établissement au cybercommerçant a permis de consacrer l'unité des règles. Elle vise aussi à préserver la neutralité des règles.

II- La neutralité des règles

135. La neutralité des règles est le fait d'appliquer au cybercommerçant les mêmes dispositions qui s'appliquent au commerçant traditionnel, sur la base du critère de l'établissement. Cette application des règles générales au cybercommerçant est rendue

possible par l'indifférence de la dématérialisation (A). Toutefois, la fraude, facilitée par la dématérialisation, entraîne une rupture de la neutralité des règles (B).

A- L'indifférence de la dématérialisation

136. L'établissement est une notion qui exclut toute référence à un statut juridique. C'est donc une notion autonome qui ne s'appuie pas sur les modalités d'exercice de l'activité. C'est la réalité de l'activité économique qui permet de localiser l'opérateur dans un État. Le critère de l'établissement s'applique aisément au cybercommerçant. Ce dernier est soumis aux mêmes règles que le commerçant traditionnel. L'indifférence de la dématérialisation se révèle à travers d'une part, l'autonomie de l'établissement à l'égard des modalités d'exercice de l'activité (1) et d'autre part, la conception économique de l'établissement (2).

1- L'autonomie de l'établissement à l'égard des modalités d'exercice de l'activité

137. Le traitement dont bénéficie le cybercommerçant n'est pas spécifique au support utilisé pour exercer son activité. En effet, avant de commencer son activité, tout opérateur doit disposer d'un établissement. C'est à la suite qu'il pourra exercer son activité. Le cybercommerçant comme tout opérateur, est d'abord installé dans le monde physique. Et le matériel lui permettant d'exercer son activité se trouve dans un endroit précis. C'est donc après cette installation, qu'il pourra décider d'exercer son activité dans le monde physique ou dans l'univers numérique. Il peut même décider d'exercer son activité à la fois dans le monde physique et sur Internet. C'est la raison pour laquelle les modalités de l'exercice de l'activité n'affectent pas la notion d'établissement qui permet de localiser l'opérateur.

138. Aussi, l'on ne peut pas adapter la notion d'établissement aux caractéristiques des activités du cybercommerçant. En effet, Internet est un moyen de communication qui permet au cybercommerçant d'exercer son activité. Si ce moyen de communication devait avoir une incidence sur la notion d'établissement, il en serait de même pour tous les autres moyens de communication comme le téléphone, la lettre missive qui permettent aux opérateurs d'exercer leurs activités. L'autonomie de l'établissement à l'égard du support

électronique permet de localiser le cybercommerçant afin de lui appliquer les mêmes règles que le commerçant traditionnel.

2- La conception économique de l'établissement

139. L'établissement, fait économique appréhendé par le droit devient le pivot autour duquel l'exercice de localisation du cybercommerçant est rendu possible. L'établissement reflète donc, l'aspect patrimonial du siège de la personne. Il correspond à son centre d'activité économique.

Renforçant cette notion économique de l'établissement, certaines personnes, qualifiées par leurs occupations particulières, sont juridiquement domiciliées au siège de leur activité. Les rédacteurs du Code civil avaient déjà prévu ces domiciles de « fonction ». Il en va ainsi des fonctionnaires nommés à vie¹⁰⁶, des officiers ministériels, des bateliers¹⁰⁷, des forains et nomades¹⁰⁸, mais aussi des domestiques et employés qui travaillent et habitent chez autrui. L'acceptation de telles fonctions emportant changement de domicile au lieu où ces personnes doivent accomplir leur métier. Ces personnes sont d'office établies au lieu d'exercice de leur profession. Pour la plupart des individus, les intérêts patrimoniaux se résument effectivement à une activité professionnelle d'où ils tirent l'essentiel de leurs moyens de subsistance. Pour les actes de son commerce, un commerçant est ainsi domicilié au lieu où il exerce son activité. Il en est de même pour l'opérateur de l'univers numérique.

140. Classiquement destiné à déterminer le siège légal d'une personne, l'établissement précise le lieu principal de son implantation économique. A côté de ce schéma habituel, il apparaît de plus en plus comme un facteur de déconcentration de l'activité économique des sujets de droit. Il témoigne de ce fait, de l'éparpillement géographique de leurs intérêts. Morcellements d'une entreprise principale, agence, succursale ou tout autre établissement secondaire sont les signes tangibles de l'éparpillement géographique de l'activité économique de l'opérateur. Par conséquent, il répond justement aux caractéristiques du commerce électronique afin de mieux appréhender le cybercommerçant. L'établissement

¹⁰⁶ Article 107 du Code civil

¹⁰⁷ Article 102, alinéa 2 du Code civil

¹⁰⁸ Loi n° 69-3 du 3 juin 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile et résidence fixe

présente cet avantage non négligeable de mettre en harmonie fait et droit, en rendant compte fidèlement de la réalité concrète¹⁰⁹.

141. En somme, si tout lieu d'opérations où le cybercommerçant développe de façon durable une activité économique avec des moyens humains et des capitaux représente un établissement, son degré d'autonomie juridique doit être apprécié par rapport au siège légal. Certes, l'établissement se caractérise davantage par sa permanence et son autonomie économique que par une quelconque indépendance juridique¹¹⁰. C'est pour cela que les modalités d'exercice de l'activité n'affectent pas le rattachement du cybercommerçant. Cela permet d'appliquer cette notion dans le contexte du commerce électronique pour localiser le cybercommerçant. A l'heure des nouvelles technologies, avec la dématérialisation des échanges, et la dispersion des activités humaines, l'établissement semble donc constituer un élément efficace de rattachement des opérateurs à un espace juridique. Toutefois, cette efficacité connaît des limites dues à la fraude qui est facilement mise en œuvre sur Internet.

B- La fraude facilitée par la dématérialisation

142. La conséquence du critère de rattachement se manifeste dans l'application des règles de conflit. Toutefois, ce critère de rattachement fondé sur l'établissement connaît des limites facilitées par le réseau numérique. Il devient aisément possible pour le cybercommerçant de s'installer de manière illicite et d'exercer son activité en direction de presque tous les États du monde. Il y a rupture de la neutralité des règles qui se traduit par deux situations.

La première situation consiste pour le cybercommerçant à s'installer dans un État de l'Union européenne, et à ne pas s'identifier ou à donner une fausse identification sur son site Internet. La deuxième situation est relative au cybercommerçant qui n'est pas installé dans l'Union européenne et qui exerce son activité en toute illicéité.

¹⁰⁹ Sylvain MERCOLI, La notion d'établissement en droit privé : Esquisse d'une localisation des sujets de droit, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, p. 149-178

¹¹⁰ Jean-Bernard BLAISE, Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, p. 585-611, spéc. p. 595

143. En premier lieu, en matière de contrats électroniques, l'efficacité des règles de conflits repose sur une divulgation loyale du lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique qui est le cybercommerçant. Les difficultés surviennent lorsque l'une des parties est dans l'ignorance du lieu d'établissement de son cocontractant. Le cyberacheteur ne peut pas savoir ou vérifier la réalité concrète de l'établissement du cybercommerçant, surtout si ce dernier est établi à l'étranger. Dans un contexte immatériel, il n'est pas toujours possible de déterminer avec précision où se trouve géographiquement le cybercommerçant. La question de la connaissance de ce lieu, ou du moins du pays de cette localisation revêt une importance particulière. La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique, en son article 5, entend résoudre cette difficulté en obligeant les États à veiller à ce que les opérateurs installés sur leur territoire rendent au moins leurs noms et leurs adresses géographiques accessibles facilement et de manière permanente en ligne. C'est l'obligation d'identification.

144. En deuxième lieu, le problème de la fraude nous amène à nous interroger sur l'adéquation et l'applicabilité des règles classiques dans l'environnement du cybercommerçant. La règle de conflit détermine la juridiction compétente et le droit applicable à un rapport international au moyen du critère de rattachement. Ici ce critère est l'établissement. Par conséquent, l'impossibilité de déterminer l'établissement aboutit au fait que le cybercommerçant pourra échapper à l'application des règles qui s'imposent à tout opérateur. Il ressort de cela que le cybercommerçant peut se soustraire facilement à l'application des règles.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la décision de la CJUE, du 15 mars 2012 dans l'affaire concernant une demande soulevée dans le cadre d'un litige opposant G. à monsieur Cornelius de Visser¹¹¹. Cette affaire est relative à une action en responsabilité du fait de la mise en ligne sur un site Internet des photos sur lesquelles G. apparaît en partie nue et pour la publication desquelles elle n'a jamais donné son accord. Se trouvant dans l'impossibilité de déterminer l'adresse du défendeur et n'ayant pas pu ainsi lui faire parvenir le projet d'acte introductif d'instance par envoi postal normal, l'instance saisie dans l'affaire avait alors choisi de lui signifier par voie de publication. Le fait de ne pouvoir connaître le domicile du défendeur a pourtant mis en doute la juridiction saisie quant à l'applicabilité et à l'interprétation du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la juridiction compétente (Bruxelles I), ainsi qu'à la détermination du droit matériel applicable à l'action au principal, celle-ci décidant de surseoir à statuer et de poser à la CJUE quelques questions préjudicielles en la

¹¹¹ CJUE, 1^{re} ch., 15 mars 2012, G. c/ Cornelius de Visser, aff. C-292/10, D. 2012, n° 15, p. 952

matière. La CJUE dans sa décision du 15 mars 2012, a révélé qu'il faut des indices probants qui permettent de déterminer que le cybercommerçant est bien installé sur un territoire. Elle a donc statué que l'article 3 paragraphes 1 et 2 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique, ne pouvait être utilisé en l'espèce. En effet, l'application de cette disposition est subordonnée à l'identification de l'État membre sur le territoire duquel le prestataire en cause est effectivement établi. Ne pas connaître avec certitude le domicile du défendeur implique aussi le fait que l'État membre sur le territoire duquel, il est effectivement établi reste inconnu.

145. Il est notable de constater que la localisation de l'établissement est rendu difficile lorsque l'activité est exercée en toute illicéité et exclusivement en ligne, et de surcroît lorsque le cybercommerçant n'est pas installé dans l'Union européenne. Cette réalité qui n'est pas spécifique au cybercommerçant, s'avère plus facile à mettre en œuvre dans le cas du commerce électronique. La conséquence est que les règles reposant sur le critère de l'établissement ne sont pas toujours efficaces pour régir l'activité du cybercommerçant, surtout lorsque ce dernier décide d'exercer son activité de manière illicite. Il faut donc se tourner vers un autre critère. La solution pourrait venir alors du critère de l'activité. Ce critère sera l'objet du chapitre suivant.

Conclusion du chapitre 1

146. L'ubiquité ne garantit pas la sécurité juridique du cybercommerçant. Ce dernier peut théoriquement se voir appliquer toutes les législations du monde. Il fallait donc trouver des réponses à cette difficulté. Ainsi, la neutralisation de l'ubiquité passe obligatoirement par l'application des règles générales au cybercommerçant.

C'est pour cela que nous avons rejeté les éléments technologiques pour admettre uniquement les éléments traditionnels de localisation. En effet, les critères technologiques sont trop instables et deviennent vite obsolètes pour constituer un établissement, permettant de localiser le cybercommerçant. Ils ne peuvent de ce fait, constituer des critères pertinents pour la localisation du cybercommerçant.

Le droit de l'Union européenne et le droit français restent fidèles à une appréciation économique de l'établissement, emprunte d'effectivité. Il convient de s'appuyer sur des critères matériels permettant d'attester la réalité de l'activité économique. Il faudrait donc rechercher une implantation matérielle de l'opérateur qui présente une certaine permanence. La forme juridique de l'entreprise importe peu dans cette recherche. Le lieu d'exercice de l'activité importe peu. Le support utilisé importe peu. C'est pour cela que le cybercommerçant est soumis aux mêmes règles que le commerçant traditionnel.

La localisation des implantations matérielles donne cependant des résultats inégaux, selon que l'activité requiert ou non des entrepôts ou des usines. A défaut d'implantation matérielle, des critères formels comme l'immatriculation, le lieu du siège social ont été proposés. Cette position de principe, si elle doit être approuvée, ne résout cependant pas toutes les difficultés liées à la localisation du cybercommerçant. Certaines entreprises exerçant leurs activités sur Internet, n'ont pas d'implantation physique détectable, ne sont pas immatriculées au registre du commerce et des sociétés. Alors comment les localiser ?

La localisation de l'établissement effectif s'avère périlleuse dans ce cas. Toutefois, loin de créer des règles spéciales, la solution va résider encore dans l'application des règles générales. A travers un mode de répartition distributive des règles, un deuxième critère a été proposé, en vue de rattacher le cybercommerçant à un territoire : c'est celui de la localisation par l'activité.

Chapitre 2- Le rattachement par l'activité

147. La neutralisation de l'ubiquité s'est faite par le rattachement du cybercommerçant à un territoire à travers l'établissement. Ainsi, les règles générales relatives à l'établissement ont été appliquées au cybercommerçant. En outre, le rattachement du cybercommerçant à un territoire peut aussi se faire à travers l'activité. Cela nécessite de localiser l'activité sur un territoire.

Le champ d'application des règles organisant l'accès au marché et l'exercice de l'activité est défini par la localisation de l'activité. Ainsi toute activité déployée sur le territoire est soumise à un ensemble de règles communes. Le cybercommerçant comme tout opérateur qui exerce son activité sur un territoire, se voit appliquer les règles relatives à l'activité. Mais, l'application de ces règles pose parfois des difficultés dans le cadre du site Internet, compte tenu de l'ubiquité. Pour résoudre ces difficultés, en vue d'appliquer le droit existant, deux critères ont été mis en évidence pour localiser l'activité : le critère de l'accessibilité de l'activité et le critère de la direction de l'activité.

Le critère de l'accessibilité qui permet de localiser l'activité dans tous les territoires où le site est accessible, entraîne une insécurité juridique du cybercommerçant. Cela se matérialise par l'application au cybercommerçant de toutes les lois du monde et de la compétence universelle de toutes les juridictions. Pour résoudre ce problème de plurilocalisation non voulue par le cybercommerçant et de ses effets néfastes, il faut avoir recours au critère de la direction de l'activité. Ce critère permet de rechercher la volonté du cybercommerçant en vue de localiser son activité. L'objectif est de faire en sorte que la compétence de la juridiction et de la loi, ne crée pas un effet de surprise de la part du cybercommerçant.

A ce niveau, compte tenu de l'ubiquité des activités du cybercommerçant, il est admis l'insuffisance du critère de l'accessibilité (Section 1) et la primauté du critère de la direction de l'activité (section 2).

Section 1- L'insuffisance du critère de l'accessibilité de l'activité

148. Le rattachement du cybercommerçant à un territoire peut se faire par la localisation de son activité à travers le critère de l'accessibilité. Le critère de l'accessibilité se présente comme un facteur de rattachement déclenché par le simple fait que les internautes puissent avoir accès au contenu du site Internet du cybercommerçant. Il est à rappeler que certains sites bien que accessibles, ont soit un contenu vide ou incompréhensible, soit l'on ne peut avoir accès au contenu du site. C'est donc le contenu du site qui permet de connaître l'activité du cybercommerçant. C'est la raison pour laquelle, l'activité peut ne pas être accessible à tous les territoires, soit par la volonté du cybercommerçant, soit par la volonté des autorités publiques. Toutefois, pour la plupart des sites, les internautes de différents territoires peuvent se rendre compte de l'existence de l'activité du cybercommerçant à travers le site Internet. Par conséquent, l'activité est accessible dans tous les territoires où se trouvent des personnes pouvant se connecter à Internet, en ayant connaissance du contenu du site. Cela permet de localiser l'activité dans tous ces territoires.

Si le critère de l'accessibilité permet de localiser l'activité du cybercommerçant, il ne résout pas le problème de l'ubiquité. Le cybercommerçant voit donc involontairement son activité être localisée dans presque tous les pays du monde. Et de ce fait, il est soumis aux lois et à la compétence des juridictions de ces différents pays. Par conséquent, le critère de l'accessibilité ne permet pas de mettre fin à l'ubiquité, et entraîne de surcroît, une insécurité juridique du cybercommerçant. C'est pour cela que le législateur, dans le but de faciliter la localisation de l'activité et l'interprétation des règles existantes, propose des critères en ne prenant pas en compte le critère de l'accessibilité. Si certains critères retenus par le législateur ne posent pas de difficultés pour leur application dans l'univers du cybercommerçant, d'autres par contre soulèvent quelques difficultés qui nécessitent l'éclairage du juge.

Il convient de mesurer la portée exacte des difficultés de localisation précise de l'activité du cybercommerçant par l'utilisation du critère de l'accessibilité. L'insuffisance de ce critère pour le rattachement du cybercommerçant à un territoire, est due à la plurilocalisation involontaire de l'activité (Paragraphe 1). Cette insuffisance a pour conséquence l'indifférence du législateur à l'égard du critère de l'accessibilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La plurilocalisation involontaire de l'activité

149. Le cybercommerçant ne saurait échapper aux dispositions réglementant l'activité sur un territoire donné. Or, chaque État dispose des règles qui s'appliquent aux activités localisées dans son territoire. Lorsqu'un juge est amené à rechercher si une loi trouve à s'appliquer en ce qui concerne la situation qui lui est soumise, il doit tout d'abord identifier le facteur de rattachement qui déclenche l'intervention de cette loi¹¹², en passant soit par la loi de police ou par la règle de conflit.

Les lois de police visent à assurer la protection de certaines personnes et l'organisation du marché. Elles sont impératives, et ne peuvent pas être écartées par la volonté contractuelle. Quant au motif de déclenchement de leur application, il s'agit le plus souvent d'un lien particulier de rattachement avec le territoire autre que le critère de l'accessibilité. Et ces lois de polices sont efficaces. Par conséquent, l'application du critère de l'accessibilité serait incongrue.

Toutefois, les lois de police ne s'appliquent pas partout. Alors, le juge passe par la règle de conflit pour déterminer la juridiction compétente et la loi applicable. Les difficultés suscitées pour l'application du droit existant dans l'univers du cybercommerçant, ont conduit le juge à avoir recours au critère de l'accessibilité en vue d'interpréter les règles existantes. L'utilisation du critère de l'accessibilité a engendré pour le cybercommerçant une insécurité juridique due au fait que son site est accessible à presque tous les pays. Ce dernier contrairement au commerçant traditionnel, se voit soumis à la compétence de toutes les juridictions et de toutes les législations.

Il ressort de cela que le cybercommerçant est d'abord soumis comme tout opérateur aux lois de police, lesquelles lois ne tiennent pas compte du critère de l'accessibilité pour leur application (I). Ensuite, l'application au cybercommerçant des règles de conflit en utilisant le critère de l'accessibilité entraîne une insécurité juridique (II).

¹¹² Cyril NOURRISSAT, Lois de police étrangère devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement de « Rome I »..., note sous Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, in RLDA juill. 2010, n° 51

I- L'application des lois de police

150. Le cybercommerçant est soumis comme tout opérateur aux lois de police. Pour le Professeur Phocion FRANCESCAKIS¹¹³, les lois de police sont celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* ». Forcée par la doctrine, relayée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁴, cette définition est reprise dans le Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), en son article 9, paragraphe 1, qui énonce que : « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, social ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs, la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »¹¹⁵.

Les lois de police sont des règles appliquées par le juge à des situations internationales sans la médiation de la règle de conflit en raison de leur caractère internationalement impératif, dans le but de protéger certains acteurs ou d'organiser le marché. Cependant, pour que ces lois de police s'appliquent, il faut obligatoirement un lien étroit de rattachement qui ne se limite pas à la simple accessibilité, d'où l'insuffisance du critère de l'accessibilité.

Ainsi, le cybercommerçant comme tout opérateur, est soumis aux lois de police de protection (A) et aux lois de police d'organisation du marché (B).

A- Les lois de police de protection

151. Les lois de police de protection sont des règles impératives visant à protéger entre autres le consommateur et les données personnelles de l'internaute. Néanmoins, il ne faudrait pas en déduire du simple fait que le site soit accessible à un territoire justifie l'application de ces lois. La loi de police ne sera appliquée directement et immédiatement à la situation internationale entrant dans son domaine d'application matérielle, qu'à la condition que cette situation présente un certain rattachement avec l'État du for. Le type de lien exigé varie selon la loi en cause : existence de contrat, lieu de traitement des données, etc. Le critère

¹¹³ Rép. Dalloz, Droit international, Voir Conflits de lois, n° 137

¹¹⁴ CJCE, 23 nov. 1999, arrêt Arblade, C-369/96, Rec. CJCE, I, p. 8453

¹¹⁵ Voir Bernard AUDIT, Droit international privé, Economica, 2^e éd. 1997, n° 415 ; Olivier CACHARD, Droit du commerce international, L.G.D.J 2008, n° 415 ; Cyril NOURRISSAT, Retour sur les lois de police en matière de contrat internationaux, note sous arrêt CA Rennes, 5 sept. 2005, RLDA 2006/10, n° 586

de l'accessibilité est insuffisant pour établir ce lien. Les lois de police assurent la protection efficace du consommateur (1) et des données personnelles de l'internaute (2).

1- Les lois de police de protection du consommateur

152. Les contrats impliquant une partie faible connaissent une limitation considérable de la liberté de choix de la loi applicable. Il s'agit de protéger la partie faible du contrat qui est le consommateur. La Directive européenne 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, en son article 2, paragraphe 1, définit le consommateur comme « *toute personne physique qui dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »¹¹⁶. Pas une directive relative au droit de la consommation ne s'écarte de la règle que le consommateur est une personne physique¹¹⁷. Si le législateur français n'apporte pas toujours cette précision, au cours de la période récente, la jurisprudence s'est inspirée de cette approche du droit européen pour interpréter la notion de consommateur¹¹⁸. Désormais, avec la transposition de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, l'article 1^{er} du Code de la consommation définit le consommateur comme une personne physique d'une part et d'autre part, une personne agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de l'activité professionnelle.

153. La finalité des lois de police de protection du consommateur est de rétablir un équilibre menacé de fait par la puissance économique du professionnel au moyen de règles auxquelles, il n'est pas possible de déroger par des conventions particulières¹¹⁹. La protection du consommateur est assurée par le Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). L'article 6 dudit Règlement permet aux dispositions impératives du droit de la consommation du pays du consommateur de s'appliquer. Le cybercommerçant peut ainsi faire insérer une clause de choix de loi dans le contrat, éventuellement par le biais des conditions générales, pour autant que celles-ci lient le

¹¹⁶ JOUE L 304/64 du 22 nov. 2011

¹¹⁷ CJCE, 22 nov. 2001, JCP G 2002, II, 10047, note G. Paisant ; le Règlement Rome I, en son article 6, définit le contrat de consommation comme « un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur ») pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnel avec une autre personne (ci-après « le professionnel ») »

¹¹⁸ Cass. 1^{re} Civ., 2 avr. 2009, JCP G 2009, n° 38, p. 21, note G. Paisant

¹¹⁹ Karl NEUMAYER, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. crit. DIP, 1957, p. 602

consommateur. Dans les contrats de consommation, la portée d'une telle clause est toutefois limitée. En effet, le consommateur continue de bénéficier de la protection qu'assurent toutes les dispositions impératives internes et internationales de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle¹²⁰.

Les dispositions protectrices du consommateur sont aussi consacrées par les textes sur le commerce électronique. La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique ne contient pas de règle de rattachement, mais une disposition, l'article 12, paragraphe 2, à savoir que les États membres prennent « *les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des États membres* ». Elle est transposée à l'article 17, alinéa 2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui prévoit que le principe précédent « *ne peut avoir pour effet de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relative aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France* ».

154. En raison de l'objet du Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), on admet que l'article 6 organise surtout la protection du consommateur par le droit des contrats, d'où l'exigence d'un contrat. Or, le critère de l'accessibilité n'implique pas forcément existence de contrat. L'application du droit de la consommation en vertu du critère de l'accessibilité serait surtout choquante en l'absence de contrat. Il découle de cela que le critère de l'accessibilité est insuffisant, et ne saurait être retenu comme le lien déclenchant l'application des lois de police de protection du consommateur. Le cybercommerçant comme tout opérateur est soumis aux lois de police de protection du consommateur parce qu'il existe un contrat, et que l'activité peut être localisée au lieu où se trouve le consommateur.

¹²⁰ Marc FALLON et Johan MEEUSEN, Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, in Rév. Crit. DIP 2002, p. 435

2- Les lois de police de protection des données personnelles

155. Les données à caractère personnel, selon l'article 2-a, de la Directive 95/46/CE¹²¹ et l'article 2 de la Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, appelée Loi informatique et libertés¹²², sont définies comme toute information permettant l'identification de la personne. Les données personnelles sont une source de richesse. Elles sont nécessaires au cybercommerçant dans le cadre de la promotion de ses activités. Ces données personnelles offrent à l'entreprise qui les collecte, les utilise, puis les conserve, ainsi qu'à ses partenaires, des possibilités élargies de prospection commerciale et par voie de conséquence de nouveaux clients. De très nombreux sites Internet attirent la clientèle par leur contenu¹²³. L'utilisation de fichiers constitués à partir de données collectées auprès des internautes a permis aux annonceurs et aux publicitaires d'optimiser à moindre coût les techniques de ciblage et de développer la publicité qualifiée¹²⁴. Dans l'univers numérique, la protection vise la diminution significative des possibilités de réutiliser et de faire circuler facilement les données. L'objectif affiché est d'organiser la marchandisation des données personnelles tout en préservant la vie privée. Cet équilibre entre protection de la vie privée et liberté de circulation de ces informations a amené d'abord le législateur français et ensuite le législateur européen à élaborer des dispositions visant à protéger la vie privée des internautes. Il ressort de cela que la protection des données personnelles est assurée par les textes tant européens que français. Toutefois, l'application de ces textes est déclenchée sur la base de certains critères de rattachement qui n'intègre pas le critère de l'accessibilité. Par conséquent, le critère de l'accessibilité ne saurait être utilisé ici.

156. La Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, a affirmé que les lois de protection des données personnelles sont des lois de police dites encore lois d'application immédiate. En effet, selon les dispositions du

¹²¹ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal Officiel n° L 281 du 23 nov. 1995, p. 0031-0050

¹²² Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° 182 du 7 août 2004, p. 14063

¹²³ Voir Cédric MANARA, Risques encourus par les sites web à l'occasion de la diffusion de certaines informations nominatives, D. 2001, p. 2822

¹²⁴ Éric CAPRIOLI, Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel, in Comm. com. électr. févr. 2005, étude n° 7, p. 24-32

paragraphe 1-c, de l'article 4 de la Directive 95/46/CE, dès lors que les moyens de traitement sont utilisés sur le territoire d'un État de l'Union européenne par une entreprise établie dans un pays extérieur à cette Union, pour la collecte, la transmission ou la mise en forme de données personnelles, la loi nationale de cet État européen s'applique (sauf l'hypothèse de pure transit). Et ce principe est transposé dans la loi française n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Compétence est donnée à la loi du lieu d'établissement du « responsable du traitement des données », dès lors que ce responsable est établi dans l'Union européenne. Des règles particulières sont posées dans le cas où le responsable dispose de plusieurs établissements dans l'Union et dans la circonstance où, établi dans un pays tiers, il utilise les moyens situés dans l'Union européenne.

157. La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 dite Loi informatique et libertés, conformément à la directive 95/46/CE précitée, a donc prévu, ensuite de s'appliquer également à tout responsable de traitement qui, sans être à proprement parler « *établi sur le territoire français ou sur celui d'un autre État membre de la Communauté européenne, recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français* »¹²⁵. En effet, dans le cadre de leurs fichiers clients, un grand nombre d'entreprises ont de plus en plus souvent recours à la sous-traitance en confiant cette mission à des centres d'appels, généralement implantés hors de l'Union européenne. Ces centres d'appels se chargent de gérer la relation clientèle, de la prise de commandes, voire même des modalités de livraison des produits ou services choisis. Ces opérations impliquent la collecte, la conservation des informations telles que le nom, les coordonnées ou encore le numéro de carte bancaire des clients. Ces prestations constituent donc un traitement de données à caractère personnel. Même si ces sous-traitants sont situés hors de l'Union européenne, ils sont soumis à la loi « informatique et liberté ». Les dispositions de cette loi, imposent aux entreprises et à leurs sous-traitants l'obligation d'informer les clients que leurs données font l'objet d'un traitement, et les destinataires de données ; et qu'ils disposent d'un droit d'accès, d'opposition et de rectification¹²⁶.

Dans ces conditions, les cybercommerçants situées à l'étranger, mais effectuant un traitement en France, peuvent difficilement s'extraire du champ d'application territoriale de la loi sur les données personnelles, sauf à invoquer l'exception selon laquelle les moyens « *ne sont utilisés qu'à des fins de transit* »¹²⁷. L'illustration est donnée par la CNIL¹²⁸ qui a pour objectif de

¹²⁵ Senat, Rapport n° 218 du sénat du 19 mars 2003

¹²⁶ Romain PERRAY, Les centres d'appel sous surveillance de la CNIL, RLDI 2007/31, n° 1034

¹²⁷ Laure MARINO et Romain PERRAY, Les nouveaux défis du droit des personnes, in Les nouveaux défis du commerce électronique, p.55-70, spéc. p. 59

combattre toute atteinte au respect de la vie privée et à l'utilisation des données à caractère personnel. Ainsi, l'implication renforcée de la CNIL dans l'application des dispositions sur la protection des données personnelles s'est traduite par la condamnation de Google à une amende de 100 000 euros, le 17 mars 2011¹²⁹. La CNIL a tenu à rappeler que la loi française s'applique également aux traitements réalisés par des responsables de traitements établis hors de l'Union européenne quand le responsable de ces traitements sans être établi sur le territoire français ou sur celui d'un autre État membre de l'Union européenne, recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire national¹³⁰.

158. En définitive, pour protéger le consommateur et les données personnelles de l'internaute, il existe des règles élaborées par le législateur européen et français qui constituent des lois de police de protection. Les règles impératives visant la protection du consommateur et des données personnelles énumèrent pour leur application, des critères de rattachement qui ne font pas mention du critère de l'accessibilité. Toutefois, elles demeurent efficaces pour sanctionner les atteintes aux droits du consommateur et aux données personnelles. Il ressort de cela que l'application du critère de l'accessibilité ne saurait se justifier. Il en est de même pour les lois de police d'organisation.

B- Les lois de police d'organisation

159. Les lois de police d'organisation sont des règles appliquées par le juge à des situations internationales sans la médiation de la règle de conflit en raison de leur caractère internationalement impératif, dans le but de protéger le marché. Toutefois, pour que ces lois de police s'appliquent, il faut obligatoirement un lien étroit de rattachement qui ne se limite pas à la simple accessibilité, d'où l'insuffisance du critère de l'accessibilité. Il s'agit des règles relatives à la protection contre les actes restreignant la concurrence (1) et des règles relatives à la protection contre les pratiques déloyales (2).

¹²⁸ Commission nationale Informatique et libertés

¹²⁹ CNIL, délib. N° 2011-035, 17 mars 2011 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'égard de la société Google Inc. : disponible sur le site : www.cnil.fr

¹³⁰ Anne DEBET, Affaire Google Street View : une sanction exemplaire..., mais quelle suite ?, Comm. com. électr. janv. 2011, étude 1, p. 7-12

1- La protection contre les actes restreignant la concurrence

160. Les actes restreignant la concurrence ou pratiques anticoncurrentielles sont constituées des ententes, des abus de domination (exploitation abusive de position dominante, exploitation abusive de dépendance économique) et les offres et pratiques de prix abusivement bas. Elles portent atteinte à la concurrence sur un marché, qu'il importe d'abord de délimiter. Ensuite, elles sont sanctionnées efficacement tant par le droit de l'Union européenne que le droit français. Le droit français réprime en outre certains comportements unilatéraux comme l'abus de dépendance économique et la pratique de prix abusivement bas à l'égard des consommateurs. Ces règles sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles sont très largement constitutives de lois de police d'organisation du marché. Leur application est déclenchée non pas à travers le critère de l'accessibilité, mais plutôt lorsqu'il y a offre de biens et services substituables sur le territoire, peu importe le canal de commercialisation. Dans ce cas l'on parle de marché en cause ou de marché pertinent. Par conséquent, l'utilisation du critère de l'accessibilité pour l'application des lois de police d'organisation du marché, serait incongrue.

161. Dans un premier temps, pour appliquer les lois de police sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles, il faut déterminer le marché pertinent ou marché en cause. La détermination du marché pertinent ou marché en cause, est nécessaire pour l'appréciation des comportements des opérateurs, car l'objectif des lois de police dans ce contexte, c'est la protection du marché.

Selon la Commission européenne, « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leur caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »¹³¹.

La jurisprudence française définit le marché pertinent comme le « *lieu sur lequel l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens et services offerts* »¹³². Le marché pertinent a une dimension géographique et une composante matérielle, fondée sur la notion de substituabilité de produits ou de services.

¹³¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, 9 déc. 1997, JO C372 du 9 déc. 1997, p. 5, point 8

¹³² Cass. com. 22 mai 2001, Rouitière de l'Est, D. 2001, AJ 2973 ; CA Paris, 17 mai 1994, D. 1996, somm. 175, obs. Ch. Galvada et Cl. Lucas de Leyssac

Il ressort de la définition donnée, que bien que le site du cybercommerçant soit accessible sur un territoire donné, s'il n'offre pas ses produits sur ce territoire, on ne peut lui appliquer les lois de polices du droit de la concurrence. En pratique, l'application des lois de police est déclenchée du fait de l'existence de contrats visant le territoire.

162. Dans un deuxième temps, la protection du marché est assurée par les textes européens et français. Au niveau européen, il s'agit d'une part, des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui sanctionnent respectivement les ententes ou accords interdits et l'abus de position dominante et, d'autre part, l'article 6, 3-a du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)¹³³ qui affirme que : « *La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être* ». Au niveau national, la protection est assurée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

Toutes ces règles sanctionnent efficacement les pratiques illicites mises en œuvre par les entreprises. Afin de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles nuisibles au développement des échanges, les règles relatives à la liberté de concurrence sont mises en œuvre par les autorités administratives (Autorité de la concurrence en France et Commission européenne) et les juridictions et sont assorties de sanctions civile et pénale.

La sanction civile se trouve logée à l'article L. 420-3 du Code de commerce qui dispose que : « *est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2* ».

La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles est énoncée par l'article L. 420-6 du Code de commerce en ces termes : « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2* ».

La protection du marché est assurée de manière efficace par des lois de police dont l'application est déclenchée à travers l'offre de biens et services sur un marché. Il convient dans ce cas d'affirmer que l'application du critère de l'accessibilité est inutile.

¹³³ JOUE L 199/40 du 31 juill. 2007

2- La protection contre les pratiques déloyales

163. Les pratiques déloyales sont constituées par des procédés isolés visant à affaiblir ou à désorganiser l'activité d'un concurrent, ou à profiter de manière illégale de son succès. Il y a nécessité d'assurer la protection contre les pratiques déloyales. Le Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) et les textes nationaux en permettent la protection à travers des lois de police dont l'application n'est pas déclenchée par le critère de l'accessibilité. Il ressort dans ces conditions que l'application du critère de l'accessibilité serait inopportune.

164. Au niveau des textes européens, la protection est assurée par l'article 6-1 du Règlement n° 864/2007 (Rome II) en ces termes : « *La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* » et l'article 6-2 du Règlement (Rome II) : « *Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable* ». Et l'article 4 dispose que : « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* »

165. Au niveau national, les pratiques déloyales relèvent d'abord comme tout comportement fautif du domaine de la responsabilité civile délictuelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Qu'il s'agisse de dénigrement du concurrent ou de ses produits, de désorganisation de l'entreprise concurrente, d'imitation des identifiants, de concurrence parasitaire justifiés par une situation de concurrence, ou de parasitisme économique en cas d'absence de situation de concurrence directe, la protection est assurée par l'action en concurrence déloyale sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est ce que retient la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans une décision en date du 12 février 2008¹³⁴ en affirmant que la concurrence déloyale ne devrait pas être caractérisée par une situation de concurrence directe ou effective, lesquelles ne sont pas des conditions de

¹³⁴ Cass. com. 12 févr. 2008, la sté La Fermière c/ la sté Yoplait, arrêt disponible sur le site Legifrance.gouv.fr

l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence des faits fautifs générateurs d'un préjudice.

Ensuite, les pratiques déloyales sont régies aussi par l'article L.121-1 du Code de la consommation relatif aux pratiques commerciales déloyales qui sont constituées des pratiques commerciales trompeuses et des pratiques commerciales agressives.

Les lois de police relatives à la réglementation des pratiques commerciales peuvent s'appliquer quand le contrat a été conclu avec un consommateur, suite à la méconnaissance d'une réglementation relative à l'indication des prix. L'obligation d'information est imposée de façon prétorienne sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

L'illustration est donnée par cette affaire qui concerne la société Rue du commerce, cybercommerçant, qui reprochait à ses concurrents d'omettre d'indiquer aux consommateurs français que le prix des CD et DVD vierges devrait être augmentés de la rémunération pour copie privée imposée par l'article L. 311-4 du Code de la consommation. La société Rue du commerce a donc agi en concurrence déloyale en demandant, outre des dommages et intérêts, que soit ordonnée aux entreprises concurrentes, une injonction d'intégrer le prix de ladite rémunération dans le prix final ou, à défaut, d'informer les consommateurs de l'incidence de la rémunération française sur les prix pratiqués. La première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 novembre 2008¹³⁵, estime que le cybercommerçant étranger n'est pas considéré comme assujetti à la rémunération pour copie privée au sens du droit français. C'est le consommateur final français qui doit payer cette redevance. Néanmoins, pour la Cour de cassation, est fautif le fait pour le revendeur étranger de ne pas en informer le consommateur puisque l'existence d'une telle taxe a une incidence sur le prix de vente qui sera effectivement supporté par le consommateur.

166. En somme, les lois de police de protection et d'organisation s'appliquent sans passer par la médiation de la règle de conflit. Leur application est déclenchée lorsqu'il existe un lien particulier de rattachement avec le territoire¹³⁶. Ces textes s'imposent au cybercommerçant qui ne peut y déroger par convention. Les textes émettent des critères autres que celui de l'accessibilité et ils sont efficaces. Alors rien ne justifie dans ces conditions qu'il faille se référer au critère de l'accessibilité, lorsqu'on évoque l'application des lois de police.

¹³⁵ Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-15., Sté Rue du commerce c/ Sté DABS et a., Contrats, conc., consom., janv. 2009, comm. 18, p. 27-28, note Marie MALAURIE-VIGNAL ; Marie MALAURIE-VIGNAL, Liens entre concurrence déloyale et consommateur, Contrats, conc., consom., janv. 2009, comm. 18, p. 27-28

¹³⁶ Jérôme HUET, Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique, RLDI 2010, n° 2100

Toutefois, il existe des situations dans lesquelles les lois de police ne peuvent pas s'appliquer, pour résoudre le litige, le juge se tourne vers les règles de conflit. L'utilisation du critère de l'accessibilité par le juge pour interpréter les textes existants, a entraîné une insécurité juridique du cybercommerçant, due à la plurilocalisation involontaire de l'activité que permet Internet.

II- L'insécurité juridique de la situation du cybercommerçant

167. Les difficultés suscitées pour l'application du droit existant au site Internet, ont conduit le juge à avoir recours au critère de l'accessibilité en vue d'interpréter les règles existantes. Toutefois, en cas de litiges, le critère de l'accessibilité offre peu de garanties au cybercommerçant contrairement au commerçant traditionnel. D'abord, en ce qui concerne la juridiction compétente, son activité étant accessible dans presque tous les pays, le cybercommerçant peut se voir attirer devant les juridictions de tous ces pays. En outre, le cybercommerçant entre dans le champ d'application de toutes les lois des pays où le site est accessible. Et, il s'expose de ce fait, aux sanctions provenant des lois des différents pays où son site Internet est accessible. Il résulte de cela, l'insécurité juridique de la situation du professionnel du commerce électronique qui se manifeste par la compétence universelle de toutes les juridictions (A) et la compétence universelle de toutes les législations (B).

A- La compétence universelle de toutes les juridictions

168. L'application du critère de l'accessibilité expose le cybercommerçant à une insécurité juridique. Cette insécurité juridique est due au fait que toutes les juridictions des pays où son activité est accessible sont compétentes pour connaître d'un litige résultant de l'activité du cybercommerçant. Ce fut le cas en France, lors des litiges impliquant des cybercommerçants étrangers. Il y a eu l'extension abusive de la compétence internationale des juridictions françaises. Ainsi, la compétence du juge français sur le caractère accessible en France du site revient à conférer à ce juge une compétence systématique à l'égard d'actes accomplis sur Internet, puisque tous les sites sont accessibles partout et notamment en France. Si toutes les juridictions nationales adoptaient le même critère, le cybercommerçant serait exposé à la compétence universelle de toutes les juridictions nationales.

169. Lorsqu'il s'agit de déterminer leur compétence en matière délictuelle, les juridictions françaises avaient pris l'habitude de se satisfaire de la possibilité d'accéder au contenu du site litigieux, par le seul instrument d'un constat d'huissier dressé à la requête du demandeur pour considérer que le dommage se situe en France, car le contenu litigieux est mis à la disposition des internautes français.

Le juge français, devenait compétent dès lors que le site litigieux était accessible depuis l'État du for, comme le fait apparaître le fameux arrêt Cristal rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 décembre 2003. Dans cette affaire, le titulaire de la marque française Cristal pour du champagne, Louis Roederer, avait saisi le juge français pour faire sanctionner l'usage, sur un site espagnol, d'un signe identique pour identifier un vin mousseux, qu'il n'était cependant pas possible de commander sur ce site depuis la France. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la société espagnole, en vertu de l'article 5, paragraphe 3, du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire (Bruxelles 1), estimant que le juge français était compétent « *pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne* », dès lors que « *ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel* »¹³⁷.

La compétence du juge français semble bien, dans cet arrêt, fondée sur la seule survenance en France du dommage. Un site Internet est susceptible d'être accessible en tout point du globe. En conséquence, l'adoption du critère de l'accessibilité pour justifier de la compétence des juridictions françaises tend à universaliser cette compétence¹³⁸.

170. En résumé, l'utilisation du critère de l'accessibilité est peu pertinente. Une situation créée sur le réseau peut toujours être reliée à tous les États, en raison de l'accessibilité du site depuis le monde entier, rendant toutes les juridictions nationales potentiellement compétentes. C'est la raison pour laquelle le critère de l'accessibilité se montre insuffisant pour rattacher le cybercommerçant à un territoire. C'est la même situation concernant la législation applicable.

¹³⁷ Cass. 1^{er} civ., 9 déc. 2003, Bull. civ. I, n° 245 ; JCP 2004, II, 10055, note Chabert C. ; RTD com. 2004, p. 254, obs. Pollaud-Dulian F. ; Rev. DIP 2004, p. 632, note Cachard O. ; Comm. com. électr. 2004, comm. 40, obs. Caron C.

¹³⁸ Charles DE HAAS, L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée, LPA, n° 226, 13 nov. 2001, p. 4-15

B- La compétence universelle de toutes les législations

171. Le critère de l'accessibilité de l'activité crée une insécurité juridique à l'égard du cybercommerçant. Certes, ce dernier est installé dans un territoire. Toutefois, il est tenu aux obligations émanant des règles des autres pays où son site est accessible. Et comme, le site est accessible dans tous les pays du monde, le professionnel du commerce électronique ne saurait se soustraire au champ d'application de toutes les lois du monde. Il est donc soumis à la compétence universelle de toutes les législations du monde. Toutefois, le problème de l'exequatur peut se poser.

172. L'activité du cybercommerçant est visible dans tous les pays du monde. Chaque État ne se préoccupe que de l'application de ses lois à l'intérieur de ses frontières. C'est le cybercommerçant qui subit l'effet de toutes les lois locales qui s'appliquent à lui. Il est donc tenu de respecter les obligations découlant des règles étatiques. Les règles pouvant être différentes d'un pays à un autre, il doit s'aligner sur toutes les obligations de tous les pays. Partant de cela, le commerçant de l'univers numérique, est amené à respecter la loi la plus stricte. Une telle conception dépasse les réalités du commerce traditionnel. Ainsi, le cybercommerçant est soumis à des obligations plus strictes que celles de l'opérateur du commerce traditionnel. Toutefois, la solution serait simple si les obligations étaient les mêmes d'un pays à un autre, ce qui n'est pas le cas. Il résulte de cela que certaines obligations peuvent être contradictoires. Un pays, à travers ses lois, peut émettre des obligations qui peuvent se retrouver contraires à celles adoptées par un autre pays. Dans ces conditions, le risque est encore plus élevé pour le cybercommerçant.

173. Le cybercommerçant se trouve désavantagé lorsqu'il n'est pas à même de prévoir avec la plus grande sécurité possible le droit que le tribunal compétent va appliquer par l'intermédiaire du rattachement considéré par lui comme déterminant. Comment peut-il s'acquitter de ses obligations juridiques, alors qu'il ne sait pas de quel droit ses obligations dérivent ? Mais par là-même, on crée pour le cybercommerçant et pour les parties à un rapport juridique la plus grande incertitude quant au comportement qui leur est ordonné avant que le tribunal puisse statuer. Et cette fois, l'incertitude dans laquelle se trouve le cybercommerçant est encore plus grande que lorsqu'on cherche à lui appliquer toutes les lois du monde¹³⁹.

¹³⁹ Wilhelm WENGLER, L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, Rev. crit. DIP, 1990, p. 657-674

174. Le critère de l'accessibilité de l'activité crée des obligations plus étendues à travers soit un cumul des obligations, soit des obligations qui peuvent être contradictoires. Cette situation a pour conséquence d'entraîner une insécurité juridique pour le cybercommerçant. On voit que des efforts supplémentaires sont demandés au cybercommerçant dans le cadre de l'exercice de son activité. Il doit d'abord connaître toutes les lois du monde, et ensuite les respecter. Le critère de l'accessibilité expose de ce fait, le cybercommerçant à l'imprévisibilité. Et lorsqu'un litige survient, il est confronté aux sanctions résultant du non respect des législations nationales. Ces sanctions pour être mises en œuvre passent souvent par la procédure d'exequatur.

175. Pour être appliquée dans un pays tiers, une décision de justice doit en effet passer par la procédure d'exequatur. Il ne faudrait pas oublier les difficultés liées à l'exequatur à l'étranger des décisions rendues en France sur le fondement de la loi française. La refonte du Règlement Bruxelles I a admis la suppression de la procédure d'exequatur. Les nouvelles règles logées dans les articles 39 et suivants prévoient qu'une décision qui est exécutoire dans un État membre jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire comme c'est le cas actuellement. Cette refonte ne sera applicable qu'aux décisions judiciaires intentées à partir du 10 janvier 2015.

176. Si le problème a trouvé une solution au sein de l'Union européenne, tel n'est pas le cas pour les pays tiers. Puisqu'il paraît probable, que la seule accessibilité du site soit un critère de compétence jugé universellement satisfaisant, déclenchant l'application de la loi nationale, les juges français courent en le retenant, le risque que leurs décisions ne soient pas reconnues à l'étranger, du moins dans les pays tiers au Règlement Bruxelles n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire¹⁴⁰. La procédure d'exequatur apprécie tant la juridiction compétente que la loi applicable. Il ressort de cela que si la décision est contraire à la loi du lieu d'application de l'exequatur, la décision ne sera pas exécutée. La meilleure illustration est certainement l'affaire Yahoo en date du 20 novembre 2000¹⁴¹. Le site Internet de ventes aux enchères de la société Yahoo Inc. comportait dans l'une de ses déclinaisons la vente d'objets nazis, l'activité étant en conformité avec la législation

¹⁴⁰ Gwendoline LARDEUX, La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits (note sous l'arrêt Cass. com. 9 mars 2010, 123pneus.com), D. 2010, n° 1183

¹⁴¹ TGI Paris, réf., 20 nov. 2000, RLDA 2001/34, obs. L. Costes ; Jean-Jacques GOMEZ, Réflexion sur l'évolution jurisprudentielle, in Le droit international de l'internet (Dir. Georges CHATILLON), Bruylant Bruxelles, 2002, p. 562

californienne, lieu d'établissement de l'entreprise. Or, en France, une telle exposition-vente constituait, outre une infraction à la législation pénale interne, quand bien même celle-ci résulterait-elle d'un décret, une offense à la mémoire collective du pays profondément meurtri par les atrocités nazies. Des associations françaises ont porté plainte en France contre Yahoo. Il a été ordonné, en référé, à la société Yahoo Inc, de mettre en place un dispositif de filtrage de certaines pages web afin d'empêcher les internautes français d'avoir accès au contenu illicite accessible via le portail www.yahoo.com. De son côté, le tribunal californien, saisi de la reconnaissance et de l'exécution de l'ordonnance à l'encontre de Yahoo Inc., a considéré que cette décision était manifestement contraire à son ordre public, matérialisé par le premier Amendement de la Constitution américaine, relatif à la liberté d'expression¹⁴². Chaque État a l'obligation de faire appliquer ses lois et d'accorder à tous ceux qui exercent l'activité sur le territoire national, la protection légale à laquelle ils ont droit. Ainsi, dans l'affaire Yahoo, il y eut mise en œuvre de cette protection légale.

177. En définitive, le critère de l'accessibilité permet de considérer que l'activité est accessible sur un territoire, même si cette activité n'est pas suivie de la conclusion d'un contrat. Il ressort de cela que ce critère ne peut être retenu à lui seul, pour rattacher le cybercommerçant à un territoire. Certes, le cybercommerçant est soumis aux lois de police. Toutefois, l'application des lois de police n'est pas déclenchée par le critère de l'accessibilité. Le risque est énorme pour le cybercommerçant, lorsqu'il en résulte un litige et qu'il faut appliquer cette fois les règles de conflit. Le critère de l'accessibilité entraîne une insécurité juridique du cybercommerçant. L'accessibilité apparaît comme une caractéristique naturelle du réseau Internet. Elle ne doit donc pas permettre de justifier des compétences juridictionnelle et législative mécaniques qui se verraient alors être universelles. Le jeu du critère de l'accessibilité de l'activité montre ses limites. C'est la raison pour laquelle le législateur ne retient pas le critère de l'accessibilité.

Paragraphe 2- L'indifférence du législateur à l'égard du critère de l'accessibilité

178. Le législateur en donnant des critères de rattachement, veut garantir la prévisibilité de la législation applicable et de la juridiction compétente. Le législateur ne veut

¹⁴² Christiane FÉRAL-SCHUHL, La mise en application des décisions de justice, in *Le droit international de l'internet* (Dir. Georges CHATILLON), Bruylant Bruxelles, 2002, p. 539-560

pas de « *forum shopping* ». Or, le critère de l'accessibilité entraîne une plurilocalisation involontaire de l'activité. C'est la raison pour laquelle le législateur n'évoque pas le critère de l'accessibilité. Il opère simplement une distinction selon qu'il s'agit d'un litige relatif aux obligations contractuelles ou aux obligations non contractuelles, en proposant des règles générales et des règles spéciales de rattachement. Le juge est tenu d'appliquer les critères de rattachement retenus par le législateur à tous les opérateurs. Dans certains cas, ces critères trouvent à s'appliquer sans difficultés dans l'univers du cybercommerçant. Et personne n'a contesté l'application de ces critères. Cela renforce l'idée de l'indifférence à l'égard du critère de l'accessibilité. Dans d'autres situations par contre, les critères retenus par le législateur posent des difficultés sur le réseau numérique. Cela amène le juge à envisager d'autres critères pour interpréter les textes existants.

Il ressort de cela que l'indifférence du législateur à l'égard du critère de l'accessibilité, se manifeste par l'absence du critère de l'accessibilité pour rattacher l'activité à un territoire tant dans les relations contractuelles (I) que dans les relations non contractuelles (II).

I- L'absence du critère de l'accessibilité dans les relations contractuelles

179. Les réglementations qui tendent à remplacer ou à méconnaître les clauses relatives au choix de la compétence législative ou juridictionnelle librement négociée des parties contractantes sont considérées comme préjudiciables au commerce international en général. Elles le sont aussi pour le commerce électronique en particulier, et à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'un critère qui entraîne une plurilocalisation de l'activité comme le critère de l'accessibilité. Ce critère ne garantit pas la sécurité juridique du cybercommerçant. C'est pour cela que la législation française a consacré très tôt explicitement l'autonomie de la volonté à travers le choix des parties contractantes comme critère de rattachement. En outre, les règlements européens reconnaissent le choix des parties comme un critère essentiel de rattachement. C'est toujours dans le même contexte de prévisibilité, afin de garantir la sécurité juridique que le législateur propose d'autres critères de rattachement qui trouvent à s'appliquer en général sur le réseau numérique, même si quelques difficultés subsistent. L'unification des règles de conflits que réalisent le législateur européen et le législateur français, favorise la prévention d'un certain « *forum shopping* » et renforce la sécurité juridique. Il ressort de cela que concernant la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable dans les obligations contractuelles, le législateur ignore le critère de

l'accessibilité pour privilégier le rattachement par l'accord des parties (A) et les autres critères de rattachement (B).

A- Le rattachement par l'accord des parties

180. Contrairement au critère de l'accessibilité, qui a pour conséquence la plurilocalisation de l'activité, avec le critère du choix des parties défini par l'autonomie de la volonté, l'activité est fixée à un lieu géographique déterminé. Le recours à l'accord des parties contractantes garantit une certaine sécurité juridique du cybercommerçant. Il permet aux parties contractantes de connaître par avance la juridiction compétente et la loi applicable. Son application à l'univers du cybercommerçant ne pose pas de difficulté. Il n'est donc pas nécessaire d'envisager un autre critère comme le critère de l'accessibilité. C'est pour cela que le législateur européen et le législateur français admettent le rattachement de l'activité à un territoire à travers le choix des parties, en ne retenant pas le critère de l'accessibilité.

181. La fonction de rattachement attribuée à l'accord des parties, a été mise en évidence dans les contrats internationaux. Un contrat est international lorsqu'il comporte un élément d'extranéité. En effet, lorsque le contrat est international, un statut propre fait défaut, car aucune législation nationale n'est appelée d'emblée à régir le contrat international. Toutefois, pour assurer la sécurité des relations économiques, il est nécessaire de soumettre les rapports contractuels à une législation d'un pays donné. Pour cette raison, il incombe aux parties de choisir, parmi toutes les législations nationales, celle qui leur paraît le mieux au contrat¹⁴³. Et en faisant le choix, les parties contractuelles localisent l'activité du cybercommerçant en un endroit précis. Ainsi, le rattachement du cybercommerçant à un territoire pourra alors se faire à travers le contrat. Cette localisation de l'activité à travers l'autonomie de la volonté ne suscite pas de difficulté. Et c'est la raison pour laquelle personne n'a contesté le choix des parties comme critère de rattachement. Il ressort de cela que le critère de l'accessibilité ne saurait alors s'appliquer dans ce contexte.

182. En pratique, le cybercommerçant fixe dans ses conditions générales la loi qu'il préfère. Cette loi est acceptée par son cocontractant, à travers le contrat d'adhésion la plupart du temps, et quelques fois, à travers le contrat négocié surtout entre professionnels. Et dans la

¹⁴³ Karl NEUMAYER, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. crit. DIP, 1957, p. 600

majorité des cas, c'est la loi du lieu où se trouve l'établissement du cybercommerçant. En le faisant, il détermine la localisation de son activité dans un territoire. La détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente sera effectuée en appliquant les normes de droit international privé existantes. Il ressort de cela que le critère de rattachement traditionnel par l'accord des parties, peut jouer aisément du fait qu'il n'existe pas de difficultés découlant des particularités du moyen utilisé, à savoir Internet. Il n'y a pas de raison de ne pas attribuer les conséquences juridiques qui seront déterminées selon les normes existantes au choix de la loi applicable et de la juridiction compétente, défini d'un commun accord par les parties contractantes¹⁴⁴. Le cybercommerçant comme le commerçant traditionnel se voit appliquer les dispositions émanant des règlements européens et des textes français qui consacrent le rattachement par le choix des parties. L'objectif affiché par le législateur européen et français est de garantir la sécurité juridique dans la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable. Et l'accord des parties répond à cet objectif.

183. Dans un premier temps, le législateur européen admet l'accord des parties comme un critère de rattachement pour déterminer la loi applicable et la juridiction compétente.

D'abord, en ce qui concerne le droit applicable, le Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) admet des critères de rattachement dans le cadre des obligations contractuelles sur la base de l'objectif défini par le législateur dans le Considérant 11 dudit Règlement en ces termes : « *La liberté de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* ». Au cœur de ce Règlement Rome I, c'est la prédominance du choix des parties résultant de l'autonomie de la volonté, qui est défini comme une règle de rattachement des obligations contractuelles¹⁴⁵. Ce critère de rattachement qui était prévu par la Convention de Rome du 19 juin 1980, en son article 3, puis maintenant le Règlement (Rome I), en son article 3, en matière contractuelle paraît bien adapté aux activités du cybercommerçant : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties...* ».

L'accord des parties s'applique pleinement au cybercommerçant en figurant dans la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui transpose la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique. En effet, l'article 17 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, indique que

¹⁴⁴ Ugo DRAETTA, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, Bruylant, Coll. Feduci, 2003, p. 53

¹⁴⁵ Cyril NOURISSAT, Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux, Defrénois, 15 nov. 2009, n° 19, p. 2017

« l'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'État membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services ».

Ensuite, l'autonomie de la volonté se retrouve aussi dans la détermination de la juridiction compétente. En effet, l'article 23 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire (Bruxelles I), affirme que : *« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre sont convenues d'un tribunal pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties »*. De manière classique, l'accord des parties permet de dissiper les incertitudes relatives à la juridiction compétente dans les contrats entre professionnels, à travers la clause attributive de juridiction.

184. Dans un deuxième temps, l'accord des parties est admis comme point de rattachement du contrat par le législateur français, indépendamment des textes européens qui s'imposent à lui. Cette reconnaissance se manifeste à travers les dispositions de la Constitution et du Code civil.

D'une part, la liberté contractuelle consacre la liberté des parties quant au choix de la loi applicable et de la juridiction compétente. L'autonomie de la volonté, corollaire de la liberté contractuelle est un principe à valeur constitutionnelle. En effet, dans sa décision du 10 juin 1998, le Conseil constitutionnel va reconnaître la liberté de contracter comme une liberté de valeur constitutionnelle en affirmant que *« le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »*¹⁴⁶.

D'autre part, le Code civil admet l'accord des parties comme un critère de rattachement. L'accord des parties résultant de l'autonomie de la volonté fait de la volonté souveraine des parties contractantes l'essence du contrat. Ce qui signifie que la volonté est au centre du contrat et dont la règle posée par l'article 1134 du Code civil en ces termes : *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*, n'est qu'une conséquence¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cons. const. 98-401 DC du 10 juin 1998, RTD civ. 1998, p. 796, note N. Molfessis. Cette solution est reprise dans d'autres décisions : Cons. Const. 99-416 DC du 23 juillet 1999, AJDA 1999, p. 700, note J.-E. Schoettl ; Cons. const. 99-423 DC du 13 janvier 2000, JO 20 janvier 2000 (non-conformité partielle)

¹⁴⁷ Jean Pascal CHAZAL, L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique » Rev. des contrats, 1^{er} juill. 2004, n° 3, p. 621

185. En somme, le rattachement par le choix effectué par les parties contractantes est propre à garantir la sécurité juridique. On retrouve le souci de prévisibilité et de sécurité quant à la loi applicable et à la juridiction compétente à un litige pour le bon fonctionnement du marché européen en général et du marché français en particulier. Les textes européens et français s'appliquent tant aux opérateurs du commerce traditionnel qu'aux opérateurs du commerce électronique et aux cybercommerçants français et étrangers membres de l'union européenne. Ils ne posent pas de problème dans l'univers numérique pour exiger du juge une interprétation en ayant recours au critère de l'accessibilité. Il en est de même pour les autres critères de rattachement.

B- Les autres critères de rattachement

186. La détermination de la juridiction compétente est régie par l'article 5-1 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire (Bruxelles I). Selon cet article, pour la vente de marchandises, c'est le lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées en vertu du contrat. Pour les prestations de services, c'est le lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis en vertu du contrat. Concernant les ventes de marchandises, la détermination du lieu de livraison ne pose pas de problème pour son application à l'environnement du cybercommerçant. Le critère du lieu d'exécution du contrat a été retenu car c'est à ce lieu que le contrat se manifeste le plus à l'égard des tiers. Les opérations les plus importantes du contrat se déroulent en ce lieu¹⁴⁸.

Toutefois, le lieu d'exécution de certaines prestations de services, présente des limites sur Internet. Et c'est le cas spécifiquement lorsque le cybercommerçant exécute son contrat en ligne. La localisation par le lieu d'exécution du contrat est inadaptée aux contrats entre absents et particulièrement aux contrats s'exécutant en ligne, parce qu'elle s'attache à la concrétisation matérielle du contrat. Des difficultés ne manquent pas d'apparaître dans les contrats électroniques. Les reproches adressés à la méthode de localisation objective du

¹⁴⁸ Il est à rappeler que le critère du lieu d'exécution du contrat a été consacrée uniquement en matière de compétence judiciaire par le Règlement Bruxelles I, en son article 5-1 : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre : en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». Il retient que le lieu d'exécution de l'obligation est « pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat les services ont été ou auraient dû être fournis ».

contrat (lieu de conclusion, lieu de livraison, etc.) ont été mis en évidence avant l'avènement du commerce électronique. Ces reproches sont d'actualité avec Internet. En effet, de nombreux contrats électroniques sont exécutés en ligne. C'est le cas de la commercialisation des logiciels, des services financiers en ligne, de l'accès à des bases de données ou à des services d'information, le téléchargement de musique, de vidéo, etc. Les parties quoique distantes, n'ont pas besoin de se déplacer ni pour la conclusion, ni pour l'exécution du contrat. Où doit-on situer le lieu de livraison ? Plus généralement, le lieu d'exécution semble difficile à déterminer. Par exemple, l'accès à une base de données en ligne se fait sur présentation d'un identifiant et d'un mot de passe. Or l'abonné peut se connecter à la base de données depuis tout poste relié au réseau. Le cyberclient peut avoir accès à ses services à n'importe quel endroit du monde où il se trouve.

Compte tenu des difficultés liées à la recherche du lieu d'exécution des contrats, surtout ceux qui s'exécutent en ligne, comme l'accès à une base de données, le téléchargement, les critères émis par le législateur ne sont pas efficaces. Il est important d'avoir un haut degré de prévisibilité, évidemment au détriment de la localisation réelle du contrat lui-même. Et pour cela nous proposons d'avoir recours au critère du choix des parties, qui la plupart du temps désigne le lieu d'établissement du cybercommerçant. Ce lieu ne varie pas et reste le même à l'égard de tous les cocontractants. En l'absence de choix des parties, il faut avoir recours à la règle générale de compétence qui désigne le lieu où se trouve le défendeur.

187. Concernant la loi applicable au contrat, en cas d'absence de choix de loi, le législateur européen affiche un catalogue de rattachements fixes. A défaut de choix, est prévu un rattachement objectif dont le trait commun est de conduire à la désignation de la prestation caractéristique du contrat¹⁴⁹. C'est exactement ce qui est défini dans le Considérant 19 du Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)¹⁵⁰. La prestation caractéristique est celle qui est due moyennant paiement ou qui caractérise le contrat d'après sa nature. L'utilité du critère de la prestation caractéristique consacrée par l'article 4 du Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), se manifeste à plusieurs niveaux.

¹⁴⁹ Cyril NOURISSAT, Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux, Defrénois, 15 nov. 2009, n° 19, p. 2017

¹⁵⁰ Considérant 19 du Règlement Rome I : « En l'absence de choix, la loi applicable au contrat doit être déterminée en suivant la règle prévue en fonction des catégories de contrat. Lorsque le contrat ne peut être classé dans l'une des catégories définies, ou que ses caractéristiques le font appartenir à plusieurs des catégories définies, le contrat devrait être régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle. Dans le cas d'un contrat consistant en un faisceau de droits et d'obligations qui peuvent être rattachés à plusieurs catégories de contrat définies, la prestation caractéristique du contrat devrait être déterminée par rapport à son centre de gravité ».

D'abord, la notion de « prestation caractéristique » opère une classification des contrats. Elle permet de distinguer un contrat d'un autre : par exemple la prestation du vendeur dans le contrat de vente, du bailleur dans le contrat de bail. Le critère de la prestation caractéristique permet de mettre en œuvre une série de rattachements objectifs déterminés en fonction du type de contrat : la « résidence habituelle » de celui qui doit fournir la prestation caractéristique pour les contrats de vente et de prestation de services ; pour les contrats de franchise ou de distribution, la résidence habituelle du franchisé ou du distributeur.

Ensuite, pour les contrats ne relevant d'aucune de ces catégories, le rattachement à la résidence du débiteur de la prestation caractéristique est maintenu.

Enfin, pour guider le juge dans la détermination de la prestation caractéristique, dans les figures les plus complexes, celles du contrat « *consistant en un faisceau de droits et d'obligations qui peuvent être rattachés à plusieurs des catégories de contrats définies* », le Considérant 19 du Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) précise que cette prestation caractéristique devra être déterminée « *par rapport à son centre de gravité* »¹⁵¹. Le critère de la prestation caractéristique s'applique aisément sur Internet.

188. Dans d'autres situations moins nombreuses, le législateur a recours au lieu de situation de l'objet du contrat ou au contrat-même. Dans un premier temps, le législateur retient comme critère de rattachement le lieu de situation. C'est le cas pour le lieu de situation de l'immeuble en ce qui concerne les opérations portant sur un immeuble¹⁵² et le lieu de situation des risques dans le cas de certains contrats d'assurance. Ces critères ne posent pas de problème pour leur application à l'univers du cybercommerçant. Dans un deuxième temps, le législateur a recours au lieu de conclusion ou d'exécution du contrat pour déterminer la loi applicable en cas d'absence de choix. C'est le cas du lieu d'exécution du contrat, pour le contrat individuel de travail. Cela ne semble pas poser de problème car l'exécution n'a pas lieu sur Internet, mais dans un espace géographique qui peut être localisé.

189. Toutefois, en ce qui concerne le lieu de conclusion du contrat, des difficultés peuvent surgir. C'est le cas pour la vente aux enchères, où il faut déterminer le lieu de la vente aux enchères sur Internet. Les termes dans lesquels cette solution est formulée, la rend

¹⁵¹ Pascal DEUMIER et Jean-Baptiste RACINE, Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle, *Revue des contrats*, 1^{er} oct. 2008, n° 4, p. 1309

¹⁵² Ce critère de rattachement est le même que celui donné par le Règlement Bruxelles I, en son article 22-1, en matière de juridiction compétente : « *Sont seuls compétents, sans considération de domicile, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé* »

malaisément applicable au réseau numérique. En effet, la vente ne se déroule pas dans un endroit physique, permettant une localisation géographique du lieu de conclusion du contrat. Le contrat n'est pas une chose matérielle, et n'a donc pas de situation géographique. Le lieu de conclusion du contrat était facile à constater à une époque ancienne, puisque les contrats étaient conclus entre personnes présentes. Le critère du lieu de conclusion du contrat peut être un indice accidentel en ce sens que les parties contractantes, au gré des circonstances de leur rencontre peuvent conclure un contrat sans que ce pays ait un rapport quelconque avec l'opération contractuelle. En outre, le rattachement du contrat à la loi du lieu de conclusion a l'avantage de la simplicité s'il s'agit d'un contrat entre présents. Mais cet avantage se perd dans le cas d'un contrat entre absents ; et surtout lorsque la conclusion du contrat a lieu sur Internet, comme c'est le cas de la vente aux enchères. Et c'est exactement la situation dans laquelle se trouve le cybercommerçant. Le rattachement par le critère du lieu de conclusion montre ses insuffisances¹⁵³. Nous proposons aussi comme solution le lieu de la prestation caractéristique. Il ressort de cela que la loi applicable sera la loi du lieu d'établissement du cybercommerçant.

190. En définitive, lorsqu'un rapport de droit présente des points de contact avec plusieurs systèmes juridiques, les règles classiques de droit international privé permettent d'opérer le rattachement à l'un d'entre eux. La méthode qui consiste à privilégier la localisation de l'activité par l'autonomie est plus respectueuse de la volonté des parties. Elle s'applique aisément sur Internet. C'est pour cela que personne ne l'a remise en cause. Les cocontractants peuvent donc choisir le pays de rattachement de l'activité à travers la loi d'autonomie. Aussi, en cas d'absence de choix, le juge va localiser l'activité sur la base de la prestation caractéristique, au lieu d'établissement du cybercommerçant. Dans ce cas, il est moins délicat de localiser dans l'espace un opérateur de commerce électronique que par exemple le contrat lui-même¹⁵⁴. C'est donc cette loi qui va régir les rapports contractuels et les conditions d'exercice de l'activité du cybercommerçant. C'est pour cela que le législateur a admis l'accord des parties et les autres critères de rattachement pour déterminer la loi applicable et la juridiction compétente dans les relations contractuelles. Ces critères retenus par le législateur garantissent la sécurité juridique des parties au contrat, mêmes si certaines difficultés subsistent. Le législateur n'a pas retenu le critère de l'accessibilité, car ce critère ne

¹⁵³ Adolf SCHNITZER, La loi applicable au contrat, Rev. crit. DIP, 1955, p. 459 et s.

¹⁵⁴ Jérôme PASSA, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, in Comm. com. électr. mai 2005, étude 17, p. 11-20

s'inscrit pas dans cette voie, compte-tenu du manque de prévisibilité dû à la plurilocalisation involontaire de l'activité. Il en est de même dans les relations non contractuelles.

II- L'absence du critère de l'accessibilité dans les relations non contractuelles

191. Dans le cadre des relations non contractuelles du cybercommerçant, le législateur n'a pas retenu le critère de l'accessibilité, et il a émis des règles générales et des règles spéciales de rattachement dans le but de garantir la sécurité juridique. Ces règles permettent de déterminer la juridiction compétente et la loi applicable dans les obligations non contractuelles. Ces critères s'appliquent aussi dans l'univers du cybercommerçant. Toutefois, il faut reconnaître que certains critères retenus par le législateur posent des problèmes qui peuvent être difficiles à résoudre dans l'univers numérique. Il revient dans ce cas, au juge d'interpréter les règles existantes pour déterminer dans les relations non contractuelles, la juridiction compétente (A) et la loi applicable (B).

A- La détermination de la juridiction compétente

192. Le législateur a élaboré des critères de rattachement afin de résoudre les conflits. Il doit exister un lien entre le litige et le territoire, pour que la juridiction de ce territoire puisse être compétente. Ce lien ne peut être marqué par le critère de l'accessibilité, qui permet au délit d'être visible dans tous les pays du monde. A ce niveau la prévisibilité de la juridiction compétente impose au législateur de faire fi du critère de l'accessibilité pour retenir des critères comme le lieu du défendeur, le lieu de l'évènement causal du dommage, le lieu où se produit le dommage, et la nationalité des plaideurs à travers les privilèges de juridiction. Si certains critères retenus par le législateur s'applique aisément sur le réseau numérique (1), d'autres par contre posent des difficultés (2). Pour ces derniers, le législateur n'ayant pas donné plus de précisions, il revient au juge d'interpréter les règles existantes.

1- L'absence de difficultés dans l'application des règles sur le réseau numérique

193. Pour déterminer la juridiction compétente, le législateur a émis des critères de rattachement qui sont le lieu de l'évènement qui a causé le dommage et les privilèges de juridiction. Ces critères s'appliquent aisément au réseau numérique. Alors, en l'absence de difficulté, rien ne justifie l'application du critère de l'accessibilité. C'est la raison pour laquelle le législateur ne l'a pas retenu.

194. Selon l'article 5-3 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la juridiction compétente (Bruxelles I), le cybercommerçant peut également être attiré dans un autre État membre « *en matière délictuelle ou quasi-délictuelle devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Cette solution est la même que celle offerte par l'article 46 du Code de procédure civile : « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur (...) en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi...* ».

Il ressort de ces dispositions, que la juridiction compétente est celle du lieu de l'évènement qui a causé le dommage. Le lieu d'origine peut être localisé en dehors du réseau numérique. C'est la plupart du temps le lieu où se trouve la personne responsable du dommage.

L'illustration est donnée par la CJUE dans sa décision du 19 avril 2012, qui estime que l'évènement causal réside dans le fait brut qui est à l'origine de la contrefaçon alléguée. La CJUE retient que « *en cas d'atteinte alléguée à une marque nationale enregistrée dans un État membre en raison de l'affichage sur le site Internet d'un moteur de recherche, d'une publicité grâce à l'utilisation d'un mot clé identique à ladite marque, il convient de considérer comme évènement causal non l'affichage de la publicité elle-même, mais le déclenchement par l'annonceur du processus technique d'affichage, selon des paramètres prédéfinis, de l'annonce que celui-ci a créée pour sa communication commerciale* »¹⁵⁵. Le fait générateur du dommage réside dans le comportement de l'annonceur ayant recours au service de référencement pour un usage du mot clé dans la vie des affaires. Cette solution rejoint en ce qui concerne la protection des droits de propriété industrielle, celle de la Cour de cassation qui prend traditionnellement en considération le « *lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon* »¹⁵⁶.

¹⁵⁵ CJUE, affaire C-523/10, Wintersteiger, arrêt du 19 avr. 2012, disponible sur le site europa.eu ; Tristan AZZY, Contrefaçon de marque, (Note sous arrêt de la CJUE du 19 avril 2012), D. 2012, n° 1926

¹⁵⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, JDI 1998. 136, note A. Huet

Si le cybercommerçant est l'auteur du dommage, la juridiction compétente est celle de son lieu d'établissement. Le lieu de l'évènement causal du dommage ne pose pas de problème particulier pour son application sur le réseau numérique.

195. Les privilèges de juridiction reposent sur le critère de la nationalité des parties au conflit. Un critère fondé sur la nationalité présente l'avantage de faire abstraction de la localisation du cybercommerçant, avantage qui peut sembler décisif sur le réseau numérique, où la localisation du cybercommerçant et de son activité peut être difficile. En effet, les articles 14 et 15 du Code civil permettent à un français de plaider en France que ce soit comme demandeur ou comme défendeur. Selon l'article 14 du Code civil, toute personne étrangère même résidant à l'étranger, peut se voir assigner devant un tribunal français pour l'exécution des obligations qu'elle a contractées en France ou à l'étranger avec un citoyen français. L'article 15 du Code civil prévoit de son côté, que tout citoyen français peut être traduit devant un tribunal de France pour des obligations contractées en pays étranger et même avec un étranger. Il s'agit d'une simple faculté pour le bénéficiaire qui peut y renoncer.

Toutefois, le privilège de juridiction connaît des limites. Le privilège de juridiction énonce une compétence subsidiaire des juridictions françaises. Pour déterminer sa compétence internationale, le juge français saisi doit appliquer en premier lieu le droit européen et les conventions internationales relatifs aux conflits de juridiction en vertu du principe de primauté du droit international. Cette limite n'est pas relative au réseau numérique. Par conséquent, ce critère peut s'appliquer aisément sur Internet.

2- Les difficultés suscitées par l'application des règles sur le réseau numérique

196. Plutôt que de saisir les juridictions du domicile du défendeur, le Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, à l'instar de l'article 46 du Code de procédure civile, offre au demandeur la possibilité de saisir les juridictions du lieu où s'est produit le dommage. Le lieu de l'évènement causal du dommage étant souvent lointain et en tout cas difficile à identifier, le demandeur préfère saisir la juridiction du lieu où le dommage est survenu.

Appliqué au réseau numérique, cela suscite des difficultés. La question est alors de savoir si le préjudice peut être localisé partout où le site litigieux est techniquement accessible, ce qui est

de nature à conférer aux juridictions de chaque État une compétence universelle. Et l'on se retrouve à appliquer le critère de l'accessibilité.

Mais, nous ne partageons pas totalement cette thèse. Notre objectif est de trouver une solution qui puisse garantir d'une part la prévisibilité de la juridiction compétente et d'autre part, la protection de la personne qui a subi le dommage. Les solutions seront proposées dans la section suivante.

197. En résumé, le législateur dans le but de garantir la sécurité juridique a énoncé un certain nombre de critères qui permettent de déterminer la juridiction compétente. Ces critères s'appliquent aussi sur Internet. Toutefois, certains critères préconisés par le législateur, appliqués à l'univers du cybercommerçant, nécessitent quelques fois d'être éclairées par le juge pour déterminer la compétence des juridictions. Il en est de même pour la détermination de la législation applicable.

B- La détermination de la législation applicable

198. Le législateur européen a pour objectif l'harmonisation du droit international privé afin de garantir la sécurité juridique. Or, le critère de l'accessibilité ne favorise pas dans certains cas, la prévisibilité de l'issue des litiges, en ce qui concerne la loi applicable. Cela est dû à la plurilocalisation de l'activité, entraînant l'application de toutes les législations où le site est accessible. Le législateur voulant éviter l'application d'une pluralité de lois, n'a pas retenu le critère de l'accessibilité, et a privilégié plutôt des critères qui garantissent la sécurité juridique. Ces critères sont logés dans le Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) et se divisent en règle générale et en règles spéciales. Toutes ces règles s'appliquent dans l'univers du cybercommerçant ; certaines s'appliquent sans problème (1), d'autres suscitent des difficultés (2).

1- L'absence de difficultés dans l'application des règles sur le réseau numérique

199. La détermination de la loi applicable s'opère sur la base des critères retenus par le législateur dont certains s'appliquent sur le réseau numérique sans poser de problème. C'est

le cas de l'autonomie de la volonté à travers l'accord des parties et le système de rattachements en cascade proposé pour la responsabilité du fait des produits. Il n'y a pas lieu d'appliquer le critère de l'accessibilité.

200. Dans un premier temps, le Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) permet aux parties contractantes de choisir la loi applicable par un accord en ce qui concerne les obligations non contractuelles, mais ce n'est pas le principe. En effet, l'article 14-1 dudit Règlement (Rome II) prévoit que *« les parties peuvent prévoir la loi applicable à une obligation non contractuelle, par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage, ou lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage ... »*. Toutefois, cette faculté de choix disparaît en cas de délits relatifs à la concurrence et d'atteintes aux droits de la propriété intellectuelle. L'autonomie de la volonté s'applique aisément sur Internet.

201. Dans un deuxième temps, l'article 5 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 relatif la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) détermine la loi applicable découlant d'un dommage causé par un produit. Cet article admet la loi de résidence habituelle des parties lorsqu'elles résident dans le même pays. En l'absence de résidence habituelle dans le même pays, l'article 5 prévoit trois rattachements en cascade qui se fondent sur le lieu de commercialisation du produit. Le premier critère est la résidence habituelle de la personne lésée au jour du dommage si le produit a été commercialisé dans ce pays. Le deuxième critère est celui du lieu où le produit est acheté, si le produit a été commercialisé dans ce pays. Et le troisième critère est le lieu de survenance du dommage, sous réserve que le produit ait été commercialisé dans ce pays.

Dans tous ces cas, la loi applicable est écartée au profit de la loi de la résidence habituelle du responsable si ce dernier ne pouvait raisonnablement pas prévoir la commercialisation du produit dans ce pays. L'article 5 dudit Règlement (Rome II) consacre la condition de prévisibilité pour le responsable et, pour pallier la localisation des faits dans plusieurs États, il utilise à chaque fois une combinaison de rattachements. Il conduit à la détermination d'une loi à la fois prévisible pour le responsable et protectrice pour la personne lésée¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Nathalie JOUBERT, Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II), in Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Dir. Sabine CORNELOUP et Nathalie JOUBERT), Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, éd. Litec 2008, vol. 31, p. 66

2- Les difficultés suscitées par l'application des règles sur le réseau numérique

202. Le législateur a énoncé des critères de rattachement qui permettent de déterminer la législation applicable. Parmi ces critères, certains suscitent quelques difficultés pour leur application dans l'univers du cybercommerçant. A ce niveau, l'on distingue la règle générale de rattachement qui est la loi du lieu de dommage, et des règles particulières de rattachement.

203. Le législateur retient comme règle générale de rattachement la loi du lieu de dommage. Cela est traduit à l'article 4-1 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) : « *Sauf dispositions contraires du règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit, et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* ». Transposé sur le réseau numérique, comment déterminer le lieu où le dommage survient, étant donné que le site Internet est accessible dans presque tous les pays ?

204. Le législateur a aussi édicté des règles spéciales dans le but de déterminer la loi applicable à certaines obligations non contractuelles. Parmi ces règles spéciales, deux sont susceptibles de poser des difficultés dans leur application à l'univers du cybercommerçant. Ce sont les règles de rattachement qui concernent les délits relatifs à la concurrence et les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle.

Le législateur, à travers l'article 6 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), retient soit la loi du marché pour les actes restreignant la concurrence, affectant ou susceptibles d'affecter les intérêts collectifs (les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs), soit la loi du lieu du dommage pour les actes de concurrence affectant ou susceptibles d'affecter les intérêts économiques d'un seul concurrent. Quelle sera la loi applicable lorsque les territoires de plusieurs États seront affectés ou que le marché ne pourra être facilement localisé, comme c'est le cas notamment des actes de concurrence déloyale ou de restriction de la concurrence sur Internet ? Cette situation n'est pas réglée par le législateur. La complexité qui réside dans la détermination de la loi applicable lorsque plusieurs marchés sont affectés doit être surmontée.

Le critère de rattachement dans le cas des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle est énoncé à l'article 8, paragraphe 1 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) qui prévoit que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est réclamée* »¹⁵⁸. C'est la compétence de la loi de l'État pour lequel la protection est réclamée qui s'impose, c'est-à-dire sur lequel le dommage a été subi. La matière est essentiellement dominée par le principe de territorialité ; cette territorialité se présente sous deux aspects différents selon que le droit en cause a fait l'objet d'une inscription sur un registre (brevets ou marques) ou non (droit d'auteur et droits voisins). Dans le premier cas, la territorialité se traduit par la compétence prépondérante de l'ordre juridique de l'État dont relève ce service public. Dans le second cas, la territorialité s'exprime par la compétence prépondérante de l'ordre juridique de l'État du lieu pour lequel la protection est réclamée¹⁵⁹. Le site Internet étant accessible à presque tous les territoires, doit-on considérer que le dommage est subi dans presque tous ces territoires du simple fait de l'accessibilité ? Notre proposition de solution sera exposée à la section suivante.

205. En conclusion de cette section, nous pouvons dire que le critère de l'accessibilité est insuffisant pour rattacher le cybercommerçant à un territoire. Il permet à l'activité d'être localisée dans tous les pays du monde, indépendamment de la volonté du cybercommerçant. Cette plurilocalisation involontaire de l'activité ne permet pas de résoudre le problème de l'ubiquité. Contrairement au commerçant ordinaire, le cybercommerçant se voit soumis à l'ensemble des lois et à la compétence universelle des juridictions des différents pays où son activité est accessible. Par conséquent, le critère de l'accessibilité constitue un risque pour le cybercommerçant. C'est pour cette raison que le législateur ne retient pas le critère de l'accessibilité et propose d'autres critères qui permettent de déterminer la juridiction compétente et la loi applicable. Si certains critères retenus par le législateur ne posent évidemment pas de problème pour leur application au réseau numérique, d'autres par contre, suscitent des difficultés. C'est pour cela que l'interprétation du juge est sollicitée. Il faut rechercher au-delà de la technique, ce qui permettra de neutraliser l'ubiquité de l'activité du

¹⁵⁸ Il faut signaler que l'article 8-1 du Règlement Rome II ne fait que reprendre la règle de compétence législative émise par l'article 5, paragraphe 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (cette Convention a été modifiée plusieurs fois dont la dernière en date est le 28 septembre 1979, disponible sur le site www.wipo.int)

¹⁵⁹ Hélène GAUDEMET-TALLON, Droit international privé de la contrefaçon : aspects contractuels, D. 2008, chron., p. 735

cybercommerçant, en vue de garantir sa sécurité juridique. Une partie de la solution se trouve dans le critère de la direction de l'activité.

Section 2- La primauté du critère de la direction de l'activité

206. Le commerce électronique est un important facteur de libre échange et de concurrence. Mais si le cybercommerçant s'expose aux lois et juridictions de pays lointains, dans le cadre de ses activités, cela peut l'amener à abandonner son activité. Le critère de l'accessibilité se révèle insuffisant face à l'ubiquité de l'activité du cybercommerçant. Il laisse perdurer une série de problèmes entraînant l'insécurité juridique du cybercommerçant.

Pour résoudre ces problèmes, il faut avoir recours à un autre critère qui permet de rattacher le commerçant de l'univers numérique à un territoire précis. Avec la communautarisation du droit international privé, les instances européennes ont tenté de relever ce défi dans les échanges en consacrant la notion de direction de l'activité ou de l'activité dirigée. L'objectif est de faire en sorte que la compétence de la loi et de la juridiction ne crée pas un effet de surprise de la part du cybercommerçant. Et cela est rendu possible en recherchant la volonté du cybercommerçant dans le cadre de l'exercice de son activité. Le critère de la direction de l'activité qui n'est pas spécifique au cybercommerçant, est destiné à rassurer à la fois les professionnels et les consommateurs, et va produire certaines conséquences en dehors des relations contractuelles. Ce critère admis par le législateur dans le cadre des contrats de consommation sera étendu par la jurisprudence aux obligations non contractuelles pour déterminer la juridiction compétente et la loi applicable. Si le critère de la direction de l'activité permet de résoudre certaines difficultés liées au réseau numérique, il laisse subsister d'autres problèmes pour lesquels la solution serait d'écarter ce critère de direction de l'activité au profit d'autres critères.

Il faut déterminer d'une part, la notion de direction de l'activité (Paragraphe 1) et d'autre part, les conséquences du critère de la direction de l'activité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La notion de direction de l'activité

207. Le critère de la direction de l'activité a pour objectif de déterminer le lieu où le cybercommerçant déploie concrètement son activité. Il faut localiser l'activité dans un ou plusieurs territoires précis afin de neutraliser l'ubiquité. Toutefois, des difficultés liées à la notion de direction de l'activité demeurent. La notion de direction de l'activité n'a pas été définie par le droit positif. Sans donner une définition de la notion, les instances européennes vont affirmer que la direction de l'activité se manifeste par la volonté du cybercommerçant d'établir des relations avec les ressortissants des autres pays. Par conséquent, le critère de la

direction de l'activité est mise en œuvre à travers la recherche de la volonté du cybercommerçant sur la base des indices fournis par la Cour de justice de l'Union européenne. Il faut déterminer dans un premier temps, la définition du critère de la direction de l'activité (I) et dans un deuxième temps, la mise en œuvre de la direction de l'activité (II).

I- La définition de la direction de l'activité

208. La notion de direction de l'activité est au cœur du dispositif de protection des consommateurs européens qui nouent des relations transfrontières. La notion de direction de l'activité a été introduite dans le but de protéger le consommateur, d'où son importance dans les contrats de consommation (A). Toutefois, toutes les difficultés ne sont pas pour autant résolues. Les textes européens n'ont donné aucune définition de l'« activité dirigée ». Il est reconnu simplement par les instances européennes et la doctrine que la direction de l'activité intègre une dimension subjective (B).

A- L'importance de la notion dans les contrats de consommation

209. Le législateur européen dans le souci de protéger le consommateur dans les contrats avec le professionnel a consacré la notion de direction de l'activité. Il retient la direction de l'activité comme un critère de rattachement qui permet au consommateur de saisir la juridiction de son domicile et de se voir appliquer sa loi nationale dans le cadre des contrats internationaux. La notion de direction de l'activité revêt de ce fait, une importance pour le législateur européen, car il permet de protéger le consommateur. La protection du consommateur dans le cadre des contrats internationaux, est déclenchée par le critère de la direction de l'activité qui s'applique tant dans la détermination de la juridiction compétente (1) que de la loi applicable (2).

1- La protection du consommateur dans la détermination de la juridiction compétente

210. La constante augmentation du volume des achats effectués par les consommateurs, grâce à l'essor du commerce électronique, a rendu indispensable le

renforcement de la protection des consommateurs au sein de l'Union européenne. Cela s'imposait dans le but de donner plus de confiance aux consommateurs et de développer l'économie du marché européen. Le législateur européen vient donc préciser les conditions dans lesquelles le consommateur peut bénéficier des règles juridictionnelles protectrices face à un professionnel dans le cadre d'un contrat international. Il ressort de cela que pour protéger le consommateur, le législateur a utilisé le critère de la direction de l'activité dans le cadre des contrats de consommation internationaux. Ce critère permet au consommateur de saisir la juridiction de son lieu de résidence.

211. La juridiction compétente est en principe celle du domicile du défendeur, toutefois, ici, il est fait une dérogation à cette règle générale. Cette dérogation s'inscrit dans le cadre des contrats de consommation à travers la notion de direction de l'activité. C'est pour cela que le législateur européen a inséré la notion de direction de l'activité ou d' « activité dirigée » dans le Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Soucieux de clarifier et d'étendre la protection du consommateur, ce règlement, en son article 15-c, (désormais article 17 point 1-c de la Refonte dudit Règlement Bruxelles I) permet à ce dernier d'attirer le professionnel qui « *exerce ses activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile* » ou « *par tous moyens, dirige son activité vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre* » devant les juridictions de cet État dès lors que le contrat « *entre dans le cadre de ces activités* ».

Un tel critère vise le commerce électronique et remplace le critère du démarchage préalable par le fournisseur consacré par la Convention de Bruxelles. Il s'agit là d'une adaptation à Internet. Il ressort de cela que le consommateur peut assigner le cybercommerçant devant le juge de son lieu de domicile.

2- La protection du consommateur dans la détermination de la loi applicable

212. La protection du consommateur est assurée dans la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles. La protection se matérialise par l'application de la loi du pays où se trouve le consommateur sur le fondement du critère de la direction de l'activité. C'est donc une exception à la règle générale de la loi désignée d'un commun accord par les parties. Toutefois, le constat qu'il est donné de faire est que dans la plupart des

contrats avec des consommateurs, le professionnel choisit, voir impose la loi de son lieu d'établissement. Ces contrats sont des contrats d'adhésion qui ne tiennent pas compte de la loi du lieu de résidence du consommateur.

Le législateur européen tire les conséquences d'une situation de fait : l'existence d'un déséquilibre entre la position du consommateur et celle du professionnel. Compte tenu de la faiblesse du consommateur dans le cadre contractuel, il s'agit de ne pas laisser ce dernier aux prises avec une loi peu favorable ou peu familière. L'objectif de protection du consommateur, permet au législateur européen d'avoir recours à la notion de direction de l'activité pour imposer la loi du lieu où se trouve le consommateur.

213. La notion de direction de l'activité ou d'activité dirigée a été introduite au Règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), en son article 6 pour tenir compte de la spécificité du commerce électronique. Cet article s'applique aux contrats conclus avec le consommateur. Cette condition remplace l'article 5.2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui prévoyait que la conclusion du contrat devait être précédée dans le pays du consommateur « *d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité* » et que le consommateur devait avoir « *accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat* ». Cette seconde condition est totalement supprimée dans le Règlement. La première condition est pour sa part modifiée, car elle conduisait à protéger le seul consommateur démarché, passif. On ne parle donc plus du comportement passif ou actif du consommateur. Désormais, seul compte l'intention du cybercommerçant de diriger son activité vers un public déterminé¹⁶⁰. Le législateur européen a pris le soin d'actualiser et d'élargir le régime protecteur du consommateur. Le nouveau mécanisme introduit vise bien le commerce électronique. Le critère de la direction de l'activité intervient pour protéger le consommateur en ce qui concerne la loi applicable, d'où son importance pour le législateur européen.

214. En somme, le critère de la direction de l'activité permet de protéger le consommateur quant à la juridiction compétente et à la loi applicable. Il revêt de ce fait une importance pour le législateur européen qui l'a consacré dans le Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la juridiction compétente (Bruxelles I) et le Règlement n° 593/2008/CE

¹⁶⁰ Céline CASTETS-RENARD, Proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome II) : Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle, D. 2006, p. 1522

du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Il est en outre perçu comme un critère permettant de localiser l'activité du commerçant en général et donc du cybercommerçant en particulier. Cette localisation est nécessaire pour le rattacher à un territoire. Toutefois, cette notion de direction de l'activité n'a pas été définie par les textes européens. Les instances européennes et la doctrine ont tenté de définir la notion de direction de l'activité. Elles ont retenu que cette notion intégrait une approche subjective.

B- Une notion intégrant une approche subjective

215. Les instances européennes et la doctrine ont clairement affirmé que la notion de direction de l'activité intégrait une approche subjective. Cette reconnaissance commune renforce l'intérêt que ce critère suscite dans le rattachement du commerçant en général et du cybercommerçant en particulier. Il fallait donc mieux définir les contours de cette notion pour une meilleure application. C'est donc une notion qui intègre une approche subjective. Aussi, dans les propositions de définitions, les instances européennes ont affiché sans ambiguïté leur préférence pour le critère de la direction de l'activité au détriment du critère de l'accessibilité.

216. Les instances européennes et la doctrine ont tenté de donner la définition de la direction de l'activité. Les solutions retenues par les instances européennes et la doctrine convergent pour affirmer que la direction de l'activité est un critère qui repose sur la recherche de la volonté du cybercommerçant de conclure des contrats avec des personnes se trouvant dans des territoires déterminés.

En effet, une résolution du Parlement européen, adoptée le 21 septembre 2000, précise ainsi, qu'il y a « activité dirigée », « *lorsque le site commercial en ligne est un site actif en ce sens que l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de façon substantielle, vers cet autre État* ».

La question de savoir si la notion de direction de l'activité comporte une dimension subjective renvoie au débat de la doctrine qui a utilisé le terme de « ciblage »¹⁶¹ ou de « focalisation »¹⁶². On a en effet soutenu qu'un professionnel ne dirige son activité vers un État donné que s'il cible volontairement le territoire ou la clientèle de cet État. Malgré le débat sur la

¹⁶¹ Marie-Elodie ANCEL, Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique, in RLDI 2010/63, n° 2097 ; Édouard TREPPOZ, Internet et le critère de la direction de l'activité de l'article 15 du règlement n° 44/2001/CE, in Rev. des contrats, avr. 2011, n° 2, p. 567

¹⁶² Voir Olivier CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Thèse précitée.

terminologie, la doctrine affirme que le critère de la direction de l'activité revêt une dimension subjective.

217. Les instances européennes ont affirmé clairement leur préférence pour le critère de la direction de l'activité au détriment du critère de l'accessibilité. Si un site est accessible du simple fait que ses pages peuvent techniquement être ouvertes par les internautes du monde entier, il serait en effet excessif de considérer que ce site dirige son activité partout dans le monde¹⁶³. C'est ce qu'entend éviter la Commission et le Conseil lorsqu'ils relèvent que « *le simple fait qu'un site Internet soit accessible partout dans le monde ne suffit pas à rendre applicable l'article 15 du règlement (Règlement Bruxelles I), encore faut-il que ce site invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tous moyens* »¹⁶⁴.

Une déclaration du Conseil de l'Union européenne du 21 novembre 2000 ajoute : « *que le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance* ». Cette déclaration est reprise en matière de loi applicable, puisqu'elle figure au Considérant 24 du Règlement Rome I.

218. En définitive, la direction de l'activité revêt une importance pour le législateur européen, car elle permet de protéger le consommateur. Elle intègre une approche subjective. Cette méthode assure une meilleure sécurité juridique au cybercommerçant et protège le consommateur¹⁶⁵. Si l'on veut instaurer le climat de confiance nécessaire au développement du commerce électronique, il faut veiller à ce que l'ubiquité que permet Internet ne soit pas pour les cybercommerçants la source d'un risque qu'ils ne voudraient pas prendre. C'est la raison pour laquelle il faut rechercher l'intention du cybercommerçant. C'est donc à travers la recherche de la volonté du cybercommerçant que le critère de la direction de l'activité est mis en œuvre.

¹⁶³ Valérie PIRONON, Les nouveaux défis du droit international privé, in Les nouveaux défis du commerce électronique, (Dir. Judith ROCHFELD), L.G.D.J 2010, p. 99

¹⁶⁴ Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission, PRES/00457, 30 nov. 2000

¹⁶⁵ Céline CASTETS-RENARD, Proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome II) : Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle, D. 2006, p. 1522

II- La mise en œuvre de la direction de l'activité

219. La direction de l'activité s'explique par la volonté du cybercommerçant d'établir des relations avec les ressortissants des autres pays. Il faut donc préciser les éléments susceptibles d'établir l'existence de cette volonté. La mise en œuvre de la direction de l'activité nécessite de rechercher des éléments qui traduisent la volonté du cybercommerçant soit de limiter ses offres, soit de profiter largement de l'ubiquité que présente Internet. Cela invite à faire le départ entre deux catégories de sites selon leur investissement du marché. L'intention du cybercommerçant peut aisément se révéler dans certains cas, à travers une manifestation de la volonté expresse du cybercommerçant (A). Dans d'autres cas, cette volonté n'est pas expresse et il convient de la rechercher en ayant recours aux indices (B).

A- Une manifestation de la volonté expresse du cybercommerçant

220. La mise en œuvre du critère de la direction de l'activité nécessite de mettre l'accent sur la volonté du cybercommerçant. Ici cette volonté est exprimée de manière expresse. L'opérateur du commerce électronique a deux possibilités. La première possibilité est d'orienter son activité vers des pays donnés. Il précise dans ce cas, les pays visés par son offre. La deuxième possibilité du cybercommerçant est de préciser que son offre ne s'adresse pas aux résidents de tel ou tel État. Il donne la liste des pays exclus de son offre.

221. La première possibilité du cybercommerçant consiste à indiquer sur son site que l'offre qui y est faite est réservée à la clientèle d'un ou de plusieurs États, notamment à travers cette mention : « *offre réservée aux consommateurs de tels États...* ». Le cybercommerçant décide de limiter la portée de son offre aux clients qui ont leur résidence habituelle dans un ou plusieurs États bien déterminés. Il élimine ainsi le risque d'être confronté à une législation de protection inattendue.

Par exemple, dans l'affaire dite de la jument, après avoir décidé au vu des éléments que la jument avait été acquise à des fins de loisir et que la vente avait ainsi la nature d'un contrat de consommation, la Cour d'appel de Montpellier a considéré le 16 novembre 2009, que l'éleveur irlandais dirigeait ses activités vers la France car son site Internet, dûment traduit, indiquait : « *Nous fournissons l'Irlande, l'Europe (sic), le Royaume-Uni et les Etats-Unis* ». Cette simple affirmation a permis de localiser l'activité sur le territoire français. Le site

Internet signalait un courant d'affaires avec des pays étrangers, entre autres des pays européens, et implicitement mettait en confiance les consommateurs établis dans ces pays¹⁶⁶.

222. La deuxième possibilité du cybercommerçant est de préciser que son offre ne s'adresse pas aux résidents de tel ou tel État. Il veille prudemment à exclure explicitement les clients situés dans des pays dont il refuse la juridiction et la loi, par une mention de type : « *cette offre ne s'adresse pas aux consommateurs de tels États...* » ou « *offre exclue aux consommateurs de tels États...* ». Il va mettre en œuvre des dispositifs de filtrage refusant l'accès au site, comme les avertissements refusant la conclusion des contrats et la livraison de biens corporels dans certains États.

223. Le fait de discriminer ainsi en fonction des lieux de résidence des internautes peut paraître contraire aux principes de liberté de circulation des biens et des services dans le cadre du marché européen.

Toutefois, ces pratiques ne résultent pas d'accord ou d'ententes entre entreprises d'une part, et d'autre part, d'abus de position dominante. Elles ne sont donc pas contraires aux dispositions des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatives aux règles de la concurrence. Aussi, ces pratiques sont parfaitement justifiées. A cet égard, un rapprochement peut être fait avec le Considérant 95 de la Directive 2006/123/CE, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur qui affirme que le principe de non-discrimination « *n'implique pas que constituerait une discrimination illégale le fait de prévoir, dans ses conditions générales, des tarifs et des conditions variables pour la prestation d'un service, si ces tarifs, prix, et conditions sont justifiés par des raisons objectives qui peuvent varier d'un pays à l'autre, telles que les coûts supplémentaires résultant de la distance ou les caractéristiques techniques de la prestation, ou les différentes conditions du marché, telles qu'une demande plus ou moins forte en fonction de la saison, les différentes périodes de vacances dans les États membres et les prix pratiqués par différents concurrents ou les risques supplémentaires liés à des réglementations différentes de celles de l'État membre d'établissement* »¹⁶⁷.

Or, les considérations liées à l'éloignement et au souci d'éviter des frais de procès à l'étranger, semblent être des raisons suffisamment légitimes pour autoriser ces indications. Cette exclusion est donc compatible avec le droit de l'Union européenne. L'hésitation sur la licéité de ces indications semble devoir être balayée.

¹⁶⁶ CA Montpellier, 5^e Ch. sect. A, 16 nov. 2009, n° RG : O9/04838, disponible sur chevaletdroit.com

¹⁶⁷ JOUE du 27 déc. 2006, L. 316, p. 36-68

224. Toutefois, ces précautions rédactionnelles ne doivent pas être démenties par le constat d'une réalité différente¹⁶⁸. En effet, les indications contenues dans l'offre doivent être traduites dans les faits. Le cybercommerçant ne doit pas être en relation d'affaires avec les internautes des pays exclus dans son offre. Il ne suffit pas de définir que l'offre est exclue ou réservée aux internautes de tels États, il faut en outre, associer aux mesures contractuelles, des mesures techniques afin d'orienter son activité. Confronté à l'ubiquité due au réseau numérique, le professionnel du commerce électronique va trouver les réponses au problème de l'ubiquité en ayant recours à la technique. C'est ainsi qu'il va mettre en œuvre des mesures techniques de filtrage dans le but d'orienter son activité vers tel ou tel territoire. Ces mesures consistent à ne pas conclure des contrats avec des internautes se trouvant dans certains territoires. La réussite d'une telle mission nécessite de connaître la situation géographique de l'internaute. Cela peut se faire à travers les informations données par les internautes pour la conclusion du contrat, à condition que ces informations ne soient pas fausses.

225. En définitive, le critère de la direction de l'activité met la volonté du cybercommerçant au centre de la discussion. Ce critère permet au professionnel du commerce électronique de neutraliser l'ubiquité en décidant des pays avec lesquels son activité pourrait avoir des liens. Le cybercommerçant cherche à recréer les frontières sur le réseau numérique, à travers des mesures contractuelles et techniques. Il peut faire une déclaration explicite. Il peut mettre en œuvre des mesures techniques de filtrage. Cette déclaration qui exprime l'intention du cybercommerçant, doit être traduite dans les faits. Toutefois, il arrive que la volonté ne soit pas toujours clairement exprimée. Dans ce cas, la jurisprudence va déceler cette volonté du cybercommerçant, à travers un ensemble d'indices.

B- Une volonté du cybercommerçant décelée par des indices

226. Le cybercommerçant veut profiter de l'ubiquité en ne mettant pas de limite. Il adopte dans ce cas, un comportement ambigu. Il n'oriente pas expressément son activité ou

¹⁶⁸ Marie-Ève PANCRAZI, D'utiles précisions sur les critères d'appréciation de la « direction d'une activité » vers un État membre, (note sous l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 décembre 2010), D. 2011, p. 990

n'exclut pas expressément son activité vers des territoires donnés¹⁶⁹. Lorsque la volonté n'est pas clairement révélée, la jurisprudence a recours à des indices pour déceler cette volonté. Et dans ce cas, elle donne d'utiles précisions sur les mentions qui, éventuellement combinées les unes aux autres, sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité dirigée vers un ou plusieurs autres États membres. Il convient encore de prendre en compte les intentions du cybercommerçant, et concrètement de rechercher s'il poursuit le but d'entrer en relation spécifiquement avec les consommateurs établis dans un ou plusieurs États¹⁷⁰. C'est donc sur la base des indices que le juge doit se convaincre de la volonté des opérateurs de démarcher la clientèle d'un territoire. Et la Cour de justice de l'Union européenne va donc nous fournir les éléments pertinents de l'appréciation du critère de la direction de l'activité.

227. La jurisprudence européenne met le plus souvent en œuvre un faisceau d'indices. La notion d'activité dirigée impliquerait que le juge apprécie au cas par cas, l'intention du cybercommerçant à partir de l'examen des particularités de son site Internet. Il s'agit de la nature internationale de l'activité en cause (comme des activités touristiques) ; la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international ; l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi ou l'utilisation d'un nom de domaine neutre ; la description d'itinéraires géographiques d'un État membre vers celui où le professionnel est établi ; la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres (comme la présentation de témoignages de tels clients) ; ou encore la langue utilisée ou la monnaie si l'un ou l'autre ne sont pas ceux du pays où le cybercommerçant est établi.

228. La détermination de la localisation de l'activité, à travers la recherche de la volonté du cybercommerçant, dépend très largement des circonstances de fait de chaque espèce. Il s'agit là d'une question de fait : disponibilité de l'information, contenu de l'information, disponibilité des produits. C'est ce qui ressort de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans deux affaires, le 21 février 2009 et le 4 juillet 2009¹⁷¹.

La première affaire concernait un particulier autrichien monsieur Peter Hammer, qui avait conclu avec la société Reederei Karl Schlüter, établie en Allemagne, un contrat pour un voyage en cargo au départ de l'Italie pour l'extrême-Orient. Monsieur Hammer avait réservé

¹⁶⁹ Cyril CHABERT Cyril, Franchise et site Internet : le multicanal est à l'honneur : Comm. com. électr., juin 2006, n° 6, comm. 98, p. 35

¹⁷⁰ Jérôme PASSA, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, in Comm. com. électr. mai 2005, étude 17, p. 11-20

¹⁷¹ aff. C-585/08, JOUE n° C 44, 21 févr. 2009 et aff. C-144/09, JOUE n° C 153, 4 juill. 2009

ce voyage par l'intermédiaire du site Internet d'une autre société domiciliée en Allemagne. Considérant que les conditions du voyage promis ne correspondaient pas à ce qui était réellement proposé, monsieur Hammer refusa d'embarquer et réclama le remboursement de son voyage auprès de la société Reederei Karl Schlüter devant une juridiction autrichienne, dont la compétence fut contestée.

La seconde affaire résulte du refus de paiement des nuits d'hôtel opposé par un touriste allemand à une société établie en Autriche. En effet, ce touriste résidant en Allemagne avait quitté l'Hôtel Alpenhof situé en Autriche sans régler la facture, après avoir réservé sur le site Internet de l'hôtel. Pour obtenir le paiement du solde, l'hôtel a introduit une action devant une juridiction autrichienne dont le touriste conteste la compétence, au titre de l'article 15 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, conditionnant la compétence du tribunal du domicile du consommateur.

La juridiction suprême autrichienne posa à la Cour de justice, pour ces deux affaires, une question préjudicielle identique afin de déterminer si le simple fait que le site Internet d'un professionnel puisse être consulté par le consommateur suffit à caractériser une activité dirigée.

C'est dans ces conditions que la CJUE a été appelé à déterminer si l'accessibilité du site Internet d'un professionnel depuis un État membre suffit à caractériser une « direction d'activité » de ce professionnel vers cet État membre. La Cour souligne que « *le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas pour rendre applicable l'article 15* ». La Cour retient que ce qui est décisif à cet égard, c'est que le cybercommerçant « *ait manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales* » avec les consommateurs de cet État membre. La Cour de justice en a profité pour apporter d'utiles précisions sur les éléments qui peuvent être de nature à caractériser la direction de l'activité. De manière très pédagogique, elle s'attache d'abord à réfuter toute valeur indicative à certains types d'éléments qu'elle n'estime pas pertinents au regard de l'appréciation qui s'impose. Ensuite, elle propose une liste non exhaustive d'indices pertinents¹⁷².

La Cour de justice dénie tout caractère déterminant aux informations neutres comme les coordonnées téléphoniques (non précédées de leur indicatif international), électroniques ou postales qui ne sont pas caractéristiques. Ce sont là des informations qui sont rendues

¹⁷² Carole AUBERT DE VINCELLES, Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d'« activité dirigée », in Rev. des contrats, 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 511 ; Marie-Ève PANCRAZI, D'utiles précisions sur les critères d'appréciation de la « direction d'une activité » vers un État membre, (note sous l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 décembre 2010), D. 2011, p. 990 ; Olivier CACHARD, Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation, in RLDI 2010/63, n° 2098 ; FAUCHOUX, Vincent et DEPREZ, Pierre, Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages, éd. Litec 2008, p. 120-122

obligatoires par la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique. Or l'exigence d'une activité dirigée signifie plus que ces mentions obligatoires. Sont expressément écartées par la Cour, le fait que le site Internet soit un site actif ou opérationnel, ou au contraire un site passif, simplement informationnel. En effet, l'exploitant d'un site actif peut parfaitement ne pas être disposé à servir une clientèle étrangère, et le faire savoir. Tandis qu'à l'inverse, le titulaire d'un site passif peut quant à lui être dans de telles dispositions, et indiquer sur son site les coordonnées qui le rendront abordable par une clientèle étrangère. Une telle volonté serait caractérisée par un engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet auprès d'un moteur de recherche afin de faciliter l'accès du site aux consommateurs étrangers, les bannières publicitaires dirigées vers des internautes en fonction de leur localisation, la langue employée, la monnaie de paiement. En définitive ce qui compte, ce sont les facilités de contact que permet le site Internet, plutôt que les mentions qui y sont affichées.

229. La localisation de l'activité du cybercommerçant ne peut se faire sur la base de l'accessibilité du site. Elle est plutôt révélée par certains indices démontrant de la volonté de ce dernier d'orienter son activité dans tel ou tel territoire. C'est dans ce cadre que la CJUE a affirmé le 12 juillet 2011 que *« la simple accessibilité d'un site sur le territoire couvert par la marque ne suffit pas pour conclure que les offres à la vente affichées sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire. (...) Il incombe aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente, affichée sur une place de marché en ligne, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci »*¹⁷³.

230. Pour résumer ce paragraphe, nous pouvons dire que le critère de la direction de l'activité occupe une place importante pour le législateur européen dans le cadre de la protection du consommateur. C'est la raison pour laquelle, il préfère utiliser le critère de la direction de l'activité au détriment du critère de l'accessibilité pour appliquer la loi et la juridiction du lieu du consommateur dans les contrats internationaux. Même si le législateur n'a pas défini le critère de la direction de l'activité, le constat est qu'il intègre une dimension subjective. C'est pour cela que la volonté du cybercommerçant sera déterminante dans la mise en œuvre du critère de la direction de l'activité. Cette volonté peut se manifester de manière

¹⁷³ CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, L'Oréal SA c/ eBay International AG, RLDI 2011/74, n° 2444 ; D. 2011. 1965, obs. C. Manara

expresse. Cependant, dans la plupart des cas, la jurisprudence reconnaît que la volonté est clairement moins affichée. Dans cette perspective, elle a recours aux indices. Les indices témoignent de l'intention de diriger l'activité vers certains États à l'exclusion explicite ou implicite des autres. Même si ces indices n'ont pas force contraignante, ils constituent pour la jurisprudence, des éléments suffisants pour rejeter l'interprétation objective, fondée sur le critère de l'accessibilité et retenir l'interprétation subjective. La référence au caractère intentionnel que doit avoir la direction d'une activité mérite d'être saluée. Une fois admis, le critère de la direction de l'activité va produire certaines conséquences.

Paragraphe 2- Les conséquences du critère de la direction de l'activité

231. Le critère de la direction de l'activité a été proposé par le législateur européen pour protéger le consommateur en lui appliquant la loi et la juridiction de son lieu de résidence, dans le cadre des contrats internationaux. Le critère de la direction de l'activité réservé aux obligations contractuelles, a été transposé aux obligations non contractuelles afin de déterminer la juridiction compétente et la loi applicable. Cette extension a permis de résoudre les problèmes suscités par l'application au réseau numérique de certains critères de rattachement proposés par le législateur dans le cadre des obligations non contractuelles. Toutefois, la jurisprudence, ces dernières années, a remis en cause le critère de la direction de l'activité, reconnaissant qu'il ne s'applique pas dans certaines situations. La solution serait d'écarter le critère de la direction de l'activité au profit d'autres critères dans les atteintes au droit de la personnalité et dans certains cas d'atteintes au droit de propriété intellectuelle. Il ressort de cela qu'il y a eu dans un premier temps, l'extension du critère de la direction de l'activité aux obligations non contractuelles (I), et dans un deuxième temps, la remise en cause de l'application du critère de la direction de l'activité (II).

I- L'extension de l'application du critère de la direction de l'activité aux obligations non contractuelles

232. L'application du critère de la direction de l'activité réservée au départ aux obligations contractuelles s'est retrouvée sur le terrain des obligations non contractuelles afin de faciliter l'interprétation des textes du droit positif²². Les difficultés suscitées par

l'application de certaines règles de rattachement dans l'univers du cybercommerçant imposaient d'avoir recours au critère de la direction de l'activité.

L'exigence de sécurité juridique du cybercommerçant milite pour une application efficace de la loi et pour un exercice raisonnable de la compétence des juridictions. Pour atteindre cet objectif, la jurisprudence a utilisé le critère de la direction de l'activité pour déterminer dans le cadre des délits, la juridiction compétente (A) et la loi applicable (B).

A- La détermination de la juridiction compétente

233. Les difficultés suscitées pour la détermination du lieu du dommage dans le cas des délits commis sur Internet, a amené la jurisprudence à utiliser le critère de la direction de l'activité. La commercialisation des biens ou services sur le territoire national permet aisément de prouver l'existence d'un lien suffisant avec le juge du pays qui retient sa compétence. La Cour de cassation indique qu'il est nécessaire que les juges du fond envisagent le critère de la direction de l'activité dès que le contentieux est engagé afin de retenir ou non leur compétence. Sinon, tout cybercommerçant risque d'être attiré devant une juridiction étrangère, alors même qu'il a pris toutes les précautions et respecté la loi locale des marchés vers lesquelles il oriente ses activités. Plutôt que de se contenter de la vérification qu'un site est bien accessible dans le ressort de sa juridiction, le juge est désormais invité à analyser plus finement les éléments factuels pour mettre au jour les attentes légitimes et les prévisions de l'opérateur du commerce électronique¹⁷⁴. Il faut donc évoquer la possibilité d'actes de commercialisation vraisemblables en France ou d'un impact économique en France ou d'un impact sur le public français, pour que la compétence du juge français soit admise en cas de contrefaçon de marque et d'actes de concurrence déloyale.

234. Dans un premier temps, pour déterminer la juridiction compétente en cas de contrefaçon de marque, la jurisprudence s'est tournée vers le critère de la direction de l'activité. Des juridictions ont subordonné leur compétence à la vérification d'un « lien suffisant, substantiel ou significatif » entre le site litigieux et le for français. Les affaires eBay et Google en témoignent. Dans d'autres espèces, les juges exigent que les faits litigieux

¹⁷⁴ Olivier CACHARD, Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation, in RLDI 2010/63, n° 2098, précité

disposent d'un impact économique en France¹⁷⁵, ou d'un impact sur le public français¹⁷⁶. On retrouve les éléments du critère de la direction de l'activité.

A la suite de l'arrêt Cristal (précédemment cité), certaines juridictions du fond ont précisément pris leur distance avec la solution consacrée par la première Chambre civile. Les juges se sont opposés au critère de compétence que la Cour de cassation avait retenu dans l'arrêt Cristal, à savoir l'accessibilité du site incriminé. Ainsi, appliquant le droit commun de la compétence internationale de l'article 46 du Code de procédure civile à propos d'actes accomplis sur un site libanais, la Cour d'appel de Paris a décidé, le 26 avril 2006, que « *sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont eu pour support technique le réseau Internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué* » et que le juge français n'est pas compétent lorsque le site, sur lequel le signe litigieux est utilisé, « *est rédigé en langue anglaise (et) n'offre aux consommateurs français aucun produit à la vente* »¹⁷⁷.

Une autre illustration peut être donnée. Une société française observe que des annonces sont publiées par les utilisateurs d'eBay sur le site ebay.com, et considère que l'utilisation dans ces annonces de ces marques « APRIL 77 » doit se faire avec son autorisation. Elle assigne eBay inc., eBay europe, et eBay France devant le tribunal de grande instance de Paris afin d'obtenir cessation de ce qu'elle considère être des actes de contrefaçon de ses marques. Devant les juges du fond, ces sociétés du groupe eBay soulèvent l'incompétence des juridictions françaises à l'égard de la société eBay inc., société de droit américain. La Cour d'appel ayant écarté cette exception d'incompétence, les sociétés eBay se pourvoient en cassation. La Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 29 mars 2011, annule l'arrêt au motif que « *la seule accessibilité d'un site Internet sur le territoire français n'est pas suffisante pour retenir la compétence des juridictions françaises, prises comme celle du lieu du dommage allégué* », les juges auraient dû « *rechercher si les annonces litigieuses étaient destinées au public français* »¹⁷⁸. La Cour de cassation a privilégié le critère de la direction de l'activité pour déterminer la juridiction compétente en matière de contrefaçon de marque.

¹⁷⁵ CA Paris, 6 juin 2007, Sté Google inc. c/ SA AXA, n° RG 06/14890, Comm. com. électr. Oct. 2007, P. 10, étude M.-E. Ancel, et p. 41, note C. Caron ; LPA 8 nov 2007, p. 6, note A. Mendoza-Caminade

¹⁷⁶ CA Paris, 9 nov. 2007, Casse c/ eBay, n° RG : 06/16286, RTD com. 2008-1, p. 95, note Ph. Gaudrat, JCP E 2008, n° 38, p. 24, note H.-D. Lucas

¹⁷⁷ CA Paris, 4^e ch. A, 26 avr. 2006, n° 05/05038, Com. comm. électr. 2006, comm. 106, obs. C. Caron ; RLDI 2006/18, n° 523, obs. L. Pech

¹⁷⁸ Cass. com. 29 mars 2011, eBay inc. et a. c/ société Maceo, arrêt disponible sur juriscom.net ; Cédric MANARA, Litiges internationaux sur Internet, (note sous arrêt Cass. com. 29 mars 2011), RLDI 2011/71, n° 2356

235. Dans un deuxième temps, le critère de la direction de l'activité est utilisé pour résoudre les difficultés liées à la détermination de la juridiction compétente pour les actes de concurrence déloyale sur Internet. Suivant la lignée d'arrêts récents, la jurisprudence affirme désormais une position claire substituant au critère de l'accessibilité celui de la direction de l'activité. Ainsi, en témoigne un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 mars 2010, où un fabricant suisse de pneumatiques vendant sur Internet, et intitulé « pneusonline » faisait grief à une société allemande d'avoir déposé plusieurs noms de domaine d'une écriture voisine (par exemple « pneu-online.com ») et d'avoir commis des actes de concurrence déloyale. L'arrêt a confirmé une décision de la Cour d'appel ayant admis sa compétence au motif *« que pendant plusieurs mois au cours des années 2002 et 2003, les pages d'accueil des sites incriminés étaient rédigées en français et étaient destinées à la clientèle francophone, notamment française ; que (...) l'existence d'une rubrique de commentaires de satisfaction de la clientèle française et constate que les produits en cause font l'objet de remarques de satisfaction des clients internautes ; (...) que la société a rédigé les pages d'accueil en langue allemande tout en ménageant à la clientèle française un accès très aisé au site 123pneus.com, qui est son site officiel en France »* ; et *« qu'en l'état de ces constatations, la Cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les conclusions des parties, à faire ressortir, tant l'accessibilité à ces sites pour les internautes français que la disponibilité en France des produits litigieux, et (a) justifié sa décision de retenir la compétence des juridictions françaises »*¹⁷⁹.

236. En somme, le critère de la direction de l'activité a été transposé aux obligations non contractuelles dans le but de résoudre les difficultés liées à l'application au réseau numérique des critères de rattachement admis par le législateur. Cette solution permet d'éviter une compétence universelle du juge français devant lequel pourraient bien se plaider d'innombrables causes concernant des sites Internet du monde entier, sachant que, en outre, il serait bien difficile de faire exécuter nombre de décisions rendues par défaut. Cette solution garantit en outre, la prévisibilité des juridictions compétentes dans le cas des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale. Le cybercommerçant peut prévoir au préalable avec une grande certitude les juridictions qui seront compétentes dans l'exercice de son activité. La transposition du critère de la direction de l'activité concerne aussi la détermination de la législation applicable.

¹⁷⁹ Cass. com. 9 mars 2010, arrêt disponible sur le site legalis.net

B- La détermination de la législation applicable

237. L'application du critère de la direction de l'activité a été étendue aux délits afin de résoudre les problèmes liés à la détermination de la loi applicable. Les difficultés résultant de l'application de certains critères de rattachement retenus par le législateur ont amené le juge à utiliser le critère de la direction de l'activité pour interpréter les règles générales, afin de déterminer la loi applicable en matière d'actes de concurrence déloyale et de contrefaçon commis sur Internet. Il n'est pas raisonnable de prétendre que du seul fait de la simple accessibilité d'un site Internet au domicile du défendeur, celui-ci y a subi un dommage. Désormais, il ne suffit plus que le site soit accessible en France pour déclencher l'application de la loi française. La prise en compte par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, de la « destination » des sites litigieux, du « ciblage » de tel ou tel pays ou encore du « public visé » semble aller dans le même sens que celle de la CJUE de la notion « d'activité dirigée »¹⁸⁰.

238. Si la simple possibilité d'accéder à un site ne peut justifier le jeu de la loi française, il est déterminant de prendre en compte les idées de profilage et d'impact. Le fait d'admettre que le délit commis en ligne est subi partout où le site est techniquement accessible est ainsi de nature à conférer l'application au cybercommerçant de toutes les lois du monde¹⁸¹. Dans le cadre de la contrefaçon ou de l'action en concurrence déloyale, il importe de tenir compte des incidences commerciales en France de l'utilisation commerciale d'une marque afin d'y appliquer ou non le droit français.

Lorsqu'une ou plusieurs ventes sont intervenues en France, cet impact et partant la localisation de l'activité en France, ne fait guère de doute. Tel était bien le cas où l'annonce parue sur le site eBay.com avait permis l'achat d'un jean contrefaisant en France. La première Chambre civile de la Cour de cassation, le 25 mars 2009, a retenu que la disponibilité des produits en France est un critère autonome de la compétence de la législation française¹⁸².

En outre, dans le célèbre arrêt *Hugo Boss* du 11 janvier 2005, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère en effet, à juste titre compte tenu du principe de la territorialité des marques, qu'un signe distinctif exploité sur un site étranger ne peut porter atteinte à une marque produisant effet en France que s'il apparaît, au vu des circonstances et notamment de

¹⁸⁰ Valérie PIRONON, dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux – contractuel et délictuel – du commerce électronique, JDI 2011. 915, précité.

¹⁸¹ Valérie PIRONON, Les nouveaux défis du droit international privé, in Les nouveaux défis du commerce électronique, (Dir. Judith ROCHFELD), L.G.D.J 2010, p. 102

¹⁸² Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, Sté Saint-Tropez A/S c/ Sté Reuven's II, Rev. crit. DIP 2009-3, p. 580, note E. Treppoz ; Comm. com. électr. janv. 2010, p. 17, chron. M.-E. Ancel

précisions apportées sur le site lui-même que celui-ci peut être « *considéré comme visant le public en France* », ou tout au moins ce public, et certains autres. En dehors de ce cas, il n'y a à l'égard d'une marque française, ni fait générateur, ni dommage subi¹⁸³.

239. En somme, le critère de la direction de l'activité a permis de résoudre les problèmes liés à la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable pour les actes de concurrence déloyale et de contrefaçon commis sur Internet. Le cybercommerçant peut exercer en toute sécurité son activité comme cela est le cas pour le commerçant traditionnel. L'application du critère de la direction de l'activité assure la prévisibilité tant de la juridiction compétente que de la législation applicable à l'activité. Toutefois, la jurisprudence est venue remettre en cause le critère de la direction de l'activité, affirmant que ce critère ne s'applique pas partout.

II- La remise en cause de l'application du critère de la direction de l'activité

240. Le critère de la direction de l'activité permet d'assurer la sécurité juridique du cybercommerçant. Il permet d'éviter une plurilocalisation involontaire de l'activité qui a pour conséquence une compétence universelle de juridictions et de législations. La prévisibilité de la juridiction compétente et de la loi applicable dans le cadre de l'exercice de son activité est garantie. Le cybercommerçant se retrouve donc dans la même situation que le commerçant ordinaire.

Toutefois, suite aux questions préjudicielles posées quant à l'interprétation de l'article 5-3 du Règlement n° 44/2001/CE du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire, la CJUE a rejeté dans certaines situations le fait d'avoir recours au critère de la direction de l'activité, privilégiant des fois, d'autres critères afin de mieux protéger les personnes qui ont subi un dommage. Aussi, nous transposerons dans certains cas, cette solution applicable pour la détermination de la juridiction compétente, retenue par la CJUE, à la détermination de la loi applicable. La jurisprudence européenne reconnaît que le critère de la direction de l'activité ne s'applique pas aux atteintes aux droits de la personnalité (A) et à certaines atteintes aux droits de la propriété intellectuelle (B).

¹⁸³ Cass. com. 11 janv. 2005, Hugo Boss, D. 2005, p. 428, obs. C. Manara ; Juriscom.net (14 mars 2005), chron. J. Passa

A- Les atteintes aux droits de la personnalité

241. La jurisprudence européenne exclut l'application du critère de la direction de l'activité dans les atteintes aux droits de la personnalité commises sur Internet pour déterminer la juridiction compétente. Le lieu du dommage relatif à des atteintes aux droits de la personnalité commises sur Internet peut être difficile à déterminer. Le dommage peut exister en dehors de toute commercialisation de produits. L'absence de commercialisation de produits impose d'écarter le critère de la direction de l'activité au profit du critère du centre des intérêts de la victime dans le but de protéger efficacement la victime.

242. Il ressort de cela que pour déterminer la juridiction compétente, il faut l'existence d'un dommage. Le dommage se matérialise par l'existence d'un lien particulièrement étroit avec le territoire¹⁸⁴. Ici, ce lien n'est pas déterminé par le ciblage, l'impact économique, car l'accent n'est pas mis sur la commercialisation ; mais plutôt par le centre des intérêts de la personne lésée. Le critère du centre des intérêts existe en l'absence de commercialisation ; peu importe que le site soit informatif, ou que l'on puisse y réaliser des opérations commerciales.

En effet, le critère du centre des intérêts sera retenu par la Cour de justice de l'Union européenne le 25 octobre 2011 suite aux demandes de décisions préjudicielles introduites par les juridictions allemandes et françaises portant sur l'interprétation de l'article 5, point 3 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire¹⁸⁵. Ces deux demandes ont été présentées dans le cadre de deux litiges opposant d'une part, X à eDate Advertising GmbH et, d'autre part, MM. Olivier et Robert Martinez à MGN Limited, au sujet de la responsabilité de ces défendeurs concernant des informations et des photos publiées sur Internet.

Dans la première affaire opposant X à eDate Advertising GmbH, la juridiction allemande a posé la question suivante : *L'expression « lieu où le fait dommageable (...) risque de se produire », figurant à l'article 5... doit-elle en cas (de risque) d'atteinte aux droits de la personnalité par des contenus mis en ligne sur un site Internet, être interprétée en ce sens que l'intéressé peut intenter une action en cessation contre le gestionnaire du site Internet devant*

¹⁸⁴ A cet effet, le Considérant 16 de la Refonte du Règlement Bruxelles I affirme que « ... L'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique et éviter la possibilité que le défendeur soit attiré devant une juridiction d'un État membre qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Cet aspect est important en particulier dans les litiges concernant les obligations non contractuelles résultant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, notamment la diffamation »

¹⁸⁵ CJUE (grande chambre), affaires jointes C-509/09 et C-161/10 du 25 octobre 2011, eDate Advertising GmbH e. a c/ X e.a., Disponible su Lamyline.fr

les tribunaux également de tout État membre dans lequel le site Internet peut être consulté, indépendamment de l'État membre dans lequel le gestionnaire est établi, ou la compétence des juridictions d'un État membre dans lequel le gestionnaire n'est pas établi suppose-t-elle l'existence d'un lien particulier (lien de rattachement avec l'État en question) des contenus attaqués ou du site Internet avec l'État du for, allant au-delà de la possibilité technique de consultation ? Si un tel lien particulier est requis, selon quels critères ce lien se définit-il ? ».

La deuxième affaire concerne l'acteur français Olivier Martinez et son père qui se plaignent d'atteintes à leur vie privée et au droit à l'image d'Olivier Martinez, qui seraient caractérisées par la mise en ligne, sur le site Internet accessible à l'adresse « www.sundaymirror.co.uk », d'un texte rédigé en anglais. Le tribunal de grande instance de Paris décide de surseoir à statuer et pose à la CJUE la question suivante : *« Les articles 2 et 5 du Règlement (...) doivent-ils être interprétés comme accordant compétence à la juridiction d'un État membre pour juger une action engagée du chef d'une atteinte aux droits de la personnalité susceptible d'avoir été commise par une mise en ligne d'informations et/ou de photographies sur un site Internet édité dans un autre État membre par une société domiciliée dans ce second État – ou encore dans un autre État membre, en tout état de cause distinct du premier : soit à la seule condition que ce site Internet puisse être consulté depuis ce premier État, soit seulement lorsqu'il existe entre le fait dommageable et le territoire de ce premier État un lien de rattachement suffisant, substantiel et significatif et, dans le second cas, si ce lien de rattachement peut résulter de l'importance des connexions..., de la résidence, voire de la nationalité de la personne qui se plaint..., de la langue dans laquelle est diffusée l'information..., du lieu où se sont déroulés les faits évoqués..., ou d'autres critères ? »*

243. La réponse de la CJUE est la suivante : *« L'article 5, point 3 du Règlement (n° 44/2001 du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire) doit être interprété en ce sens que, en cas d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité au moyen de contenu mis en ligne sur un site Internet, la personne qui s'estime lésée a la faculté de saisir d'une action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé, soit les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus, soit les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts. Cette personne peut également, en lieu et place d'une action en responsabilité au titre de l'intégralité du dommage causé, introduire son action devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été. Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie ».*

Pour que le dommage existe, il s'agit de déterminer le lieu où la personne affectée dans la jouissance de ses droits, mène essentiellement son projet de vie. Cela signifie que l'information à l'origine du litige doit susciter l'intérêt sur un certain territoire, et inciter les internautes dudit territoire à la consulter. C'est donc dans ce territoire que l'atteinte aux droits de la personnalité pourra produire le plus haut niveau de dommages. En plus d'être accessible, il doit exister un dommage caractérisé par le critère du centre des intérêts.

Le critère du centre des intérêts privilégie le lieu où une juridiction se trouve dans la situation la plus favorable pour appréhender l'ensemble du conflit entre les intérêts en jeu. Le centre des intérêts d'une personne est en principe le lieu de résidence habituelle. Il peut être aussi matérialisé par d'autres indices comme le lieu d'exercice de son activité professionnelle. C'est ce que retient la CJUE, dans la décision précitée en son point 49 : *« l'endroit où une personne a le centre de ses intérêts correspond en général à sa résidence habituelle. Toutefois, une personne peut avoir le centre de ses intérêts également dans un État membre où elle ne réside pas de manière habituelle, dans la mesure où d'autres indices tels que l'exercice d'une activité professionnelle peuvent établir l'existence d'un lien particulièrement étroit avec cet État »*.

244. En définitive, la nécessité d'assurer une sécurité juridique au cybercommerçant en prévenant des situations décourageant l'exercice de l'activité devient un objectif que la CJUE prend en considération. Elle veut en outre protéger efficacement celui qui a subi le dommage. Le critère du centre des intérêts répond à l'objectif de prévisibilité en permettant au demandeur d'identifier facilement la juridiction compétente et à l'émetteur du contenu litigieux de connaître les centres des intérêts des personnes qui font l'objet de ce contenu litigieux. Ici, le critère de la direction de l'activité n'a pas véritablement de sens compte tenu du fait qu'un dommage peut exister en dépit de l'absence de commercialisation de produits. C'est pour cela que la jurisprudence ne retient pas le critère de la direction de l'activité dans le cas des atteintes aux droits de la personnalité. Aussi, le critère de la direction de l'activité n'est pas appliqué pour certaines atteintes aux droits de la propriété intellectuelle.

B- Les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle

245. Qu'il s'agisse de contrefaçon des droits de la propriété industrielle ou de contrefaçon des droits de la propriété littéraire et artistique, il y a la possibilité d'écarter le

critère de la direction de l'activité dans le but de mieux protéger la personne victime du dommage. Il y a donc une remise en cause du critère de la direction de l'activité pour déterminer la juridiction compétente.

L'application du critère de la direction de l'activité est donc écartée au profit d'autres critères comme le critère de l'enregistrement et le critère de l'accessibilité. Il est implicite qu'aucun abus n'est à craindre dans la mesure où les juridictions devront constater l'existence du dommage sur le territoire. La compétence du tribunal du lieu du dommage est déclenchée par l'existence d'un lien étroit de rattachement qui constate l'existence du dommage sur le territoire d'une part dans le cas des atteintes aux droits de propriété industrielle (1) et, d'autre part, dans le cas des atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique (2).

1- Les atteintes aux droits de propriété industrielle

246. Dans le cas des atteintes aux droits de propriété industrielle, l'on peut écarter le critère de la direction de l'activité pour appliquer le critère de l'enregistrement qui permet de constater l'existence d'un dommage lorsque le titre litigieux (brevet ou marque) bénéficie d'une protection sur le territoire, en vue de déterminer la juridiction compétente. L'application du critère de l'enregistrement résulte du principe de territorialité des droits de propriété industrielle. En vertu de ce principe, le titre n'est protégé que sur le territoire de l'État dans lequel il est enregistré. Dans ce cas, la commercialisation ou le fait de viser le public ou l'impact économique sur le public n'est pas exigé ; le plus important, c'est que le site soit simplement accessible sur le territoire où le brevet et la marque sont enregistrés et protégés pour fonder la compétence des juridictions de ce territoire. Au critère de l'accessibilité, vient s'ajouter le critère de l'enregistrement en vue de garantir d'une part la prévisibilité de la juridiction compétente et d'autre part, la protection de la victime.

247. En cas de contrefaçon, il ne saurait y avoir de dommage en dehors du territoire où le titre est enregistré. Il serait vain de chercher à invoquer un dommage dans un pays que le diffuseur a pris pour cible ou non, si le titre prétendument contrefait n'y est pas enregistré. En outre, lorsqu'un contenu en ligne violant prétendument une marque ou un brevet, est accessible dans un pays dans lequel le titre n'est pas enregistré, il est exclu qu'un dommage puisse s'y produire. Le dommage à réparer peut dans ce cas être néanmoins inexistant parce que le signe revendiqué ne bénéficie pas de protection dans le territoire. La protection de la

victime est assurée par les règles de territorialité régissant le droit de la propriété industrielle et la prévisibilité de la juridiction compétente est aussi assurée.

L'illustration est donnée dans un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 19 avril 2012¹⁸⁶. Il s'est agi de déterminer les critères de compétence judiciaire en matière de contrefaçon de marque sur Internet. Titulaire de la marque Wintersteiger enregistrée en Autriche, l'entreprise autrichienne éponyme produit et commercialise des machines pour l'entretien de skis. Une société allemande, qui vend des accessoires destinés à ces machines, a réservé sans son autorisation le mot-clé « Wintersteiger » dans le cadre du service AdWord exploité par la société Google. Cette réservation est limitée au domaine national de premier niveau allemand du moteur de recherche. Ainsi, lorsqu'un internaute effectue une recherche sur le site de Google Allemagne (« google.de ») en introduisant le terme « Wintersteiger », une annonce publicitaire de l'entreprise allemande s'affiche sur la page de résultat. En revanche, rien de tel ne se produit lorsque le terme est introduit sur un site de Google rattaché à un autre pays, et notamment sur son site autrichien (« google.at »). La société Wintersteiger a attiré la société allemande devant le tribunal autrichien qui s'est déclaré incompétent, estimant que le site « google.de » ne visait que l'Allemagne. La juridiction d'appel a infirmé la décision. La Haute juridiction autrichienne a donc interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur la portée de l'article 5, paragraphe 3 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire (Règlement Bruxelles I).

En l'occurrence, la Cour de justice considère que « *L'article 5 point 3 du Règlement n° 44/2001 (Bruxelles I) doit être interprété en ce sens qu'un litige relatif à l'atteinte à une marque enregistrée dans un État membre du fait de l'utilisation, par un annonceur, d'un mot-clé identique à ladite marque sur le site Internet d'un moteur de recherche opérant sous un domaine national de premier niveau d'un autre État membre peut être porté soit devant les juridictions de l'État membre dans lequel la marque est enregistrée, soit devant celles de l'État membre du lieu d'établissement de l'annonceur* ».

La Cour de justice de l'Union européenne attribue compétence, au titre de la matérialisation du dommage, aux juridictions de l'État membre d'enregistrement de la marque.

¹⁸⁶ CJUE, affaire C-523/10, Wintersteiger, arrêt du 19 avr. 2012, disponible sur le site europa.eu ; Tristan AZZY, Contrefaçon de marque, (Note sous arrêt de la CJUE du 19 avril 2012) D. 2012, n° 1926, précités.

2- Les atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique

248. La contrefaçon de droit d'auteur est constituée de deux séries d'actes distincts : la reproduction et la représentation. Ce qui génère le dommage, c'est l'atteinte au droit. Il y a atteinte au droit d'auteur s'il y a reproduction ou communication au public d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sans le consentement de l'auteur. Chaque atteinte est un acte de contrefaçon distinct. En droit d'auteur, l'œuvre est protégée en elle-même, dans tous les secteurs d'activité et à l'égard de tout public. Ainsi la communication de l'œuvre au public, qui caractérise l'acte de représentation suppose que l'œuvre soit mise à la disposition de toutes les personnes pouvant avoir accès à l'œuvre. Dès lors, le critère de la direction de l'activité ne paraît pas adapté, puisqu'un acte de représentation est constitué du seul fait qu'un public au moins potentiel puisse avoir accès à l'œuvre sur un site Internet, et en l'absence de commercialisation. Il faut s'orienter vers le critère de l'accessibilité. Dans le cas de la contrefaçon de droit d'auteur, l'importance du critère de l'accessibilité est reconnue par plusieurs auteurs dont le Professeur Jérôme PASSA en ces termes : « *Le critère de l'accessibilité du site peut demeurer pertinent lorsque l'acte litigieux est dissociable de l'offre d'un exemplaire matériel ou d'une prestation de services à exécuter physiquement, c'est-à-dire en dehors du réseau* »¹⁸⁷.

La représentation de l'œuvre sans autorisation et sans rémunération de son auteur est l'enjeu majeur. Dans le but de protéger les auteurs et leurs ayants droit, l'application du critère de la direction de l'activité est écartée au profit du critère de l'accessibilité pour déterminer tant la juridiction compétente que la loi applicable.

249. Il faut appliquer le critère de l'accessibilité pour fonder la compétence des juridictions françaises dans le cadre de la contrefaçon de droit d'auteur. La contrefaçon pouvant être constituée par la seule communication de l'œuvre au public, la possibilité de consulter l'œuvre sur un site en France peut déterminer la compétence des juridictions françaises¹⁸⁸.

Lorsqu'une œuvre est mise en ligne sur un site à l'étranger, du fait de l'accessibilité du site en France, l'affichage de l'œuvre sur les écrans d'internautes en France peut constituer une

¹⁸⁷ Jérôme PASSA, Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur Internet, RLDI août 2010, n° 63 Supplément.

¹⁸⁸ Marie Elodie ANCEL, Un an de droit international privé, Comm. com. électr. n° 1, janv. 2011, chron. 1

contrefaçon qui rend compétentes les juridictions françaises, peu important en pareil cas la langue utilisée sur le site ou le public auquel il est supposé être destiné¹⁸⁹.

L'illustration est donnée dans l'affaire de la mise en ligne sans autorisation des ayants droit de photographies de toile du peintre chilien Hernan Gazmuri sur un site Internet hébergé au Chili et édité par le musée national des beaux arts de Santiago de Chili. Ce site en langue espagnole était dédié dans un but culturel et non commercial.

Se fondant sur le fait que le public des armateurs d'art est, par essence, un public international, ouvert sur le monde, et recherchant sa documentation au-delà des frontières et que quiconque montrant un intérêt dans ce domaine est susceptible d'être amené, peu importe sa nationalité ou son lieu de résidence à consulter ce site Internet hébergé au Chili, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 9 septembre 2009 a confirmé le jugement de première instance qui attribuait compétence aux juridictions françaises en ces termes : « *Dès lors qu'il est constant que ce site est accessible depuis la France, force est de relever que le public français pertinent se trouve à même de réceptionner les contenus argués de contrefaçon, circonstance qui justifie l'existence d'un lien de rattachement suffisant, substantiel ou significatif entre les faits illicites et le dommage allégué sur le territoire français et qui commande de retenir la compétence du tribunal de grande instance de Paris pour connaître de la contrefaçon* ». ¹⁹⁰

250. Une autre affaire relative à la contrefaçon de droit d'auteur fait l'objet d'une demande de questions préjudicielles à la CJUE. En l'espèce, le requérant prétendant être l'auteur, le compositeur et l'interprète de 12 chansons enregistrées sur un disque vinyle et indiquant avoir découvert que celles-ci avaient été reproduites sans son autorisation sur un disque compact pressé en Autriche par la société autrichienne KDG Mediatech AG, puis commercialisé par les sociétés britanniques Crusoe ou Elegy sur différents sites Internet accessible depuis son domicile toulousain, a fait assigner la société autrichienne devant le Tribunal de grande instance de Toulouse aux fins d'obtenir réparation du dommage subi du fait de la contrefaçon de ses droits d'auteur. La société a soulevé l'incompétence des juridictions françaises. La Cour d'appel le 21 janvier 2009, a déclaré le tribunal incompétent. Le prétendu auteur s'est pourvu en cassation. La première Chambre civile de la Cour de cassation le 5 avril 2012, après avoir rappelé les dispositions de l'article 5 point 3 du

¹⁸⁹ Le Tribunal de commerce de Paris, première Chambre B a affirmé dans deux jugements en date du 30 juin 2008 que : « *Le libellé en anglais d'annonces n'exclut pas nécessairement le public français de leur accès* », « *de nombreuses annonces sont, quoique hébergées sur des sites étrangers d'E-Bay accessible au public français par la traduction en français de leur libellé original* », Décisions disponibles sur le site Legalis.net.

¹⁹⁰ CA Paris, 9 sept. 2009, République du Chili c/ Florence et Clara G. : Arrêt disponible sur le site Legalis.net.

Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire (Règlement Bruxelles I) et relever que « *le présent litige présente la particularité de ne correspondre ni à l'hypothèse examinée dans l'arrêt L'Oréal SA e. a. c/ eBay International ni à celle analysée dans l'arrêt eDate Advertising et Martinez, dans la mesure où l'atteinte alléguée résulterait de l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant illicitement l'œuvre sur laquelle le demandeur à l'action revendique des droits d'auteur* », décide de surseoir à sa décision afin de poser une question préjudicielle à la CJUE : « *L'article 5 point 3 du Règlement doit-il être interprété en ce sens qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur commise au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet, la personne qui s'estime lésée a la faculté d'introduire une action en responsabilité devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été, à l'effet d'obtenir réparation du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie, ou il faut, en outre, que ces contenus soient ou aient été destinés au public situé sur le territoire de cet État membre, ou bien qu'un autre lien de rattachement soit caractérisée ?* »¹⁹¹. La décision du 30 octobre 2013 de la CJUE¹⁹² vient confirmer le critère de l'accessibilité, en affirmant qu'en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'un auteur sur Internet, le fait que son œuvre soit reproduite sans autorisation et accessible sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, suffit pour établir la compétence de la juridiction de cet État et obtenir des dommages et intérêts en réparation du dommage causé sur ce territoire.

251. Le critère de la direction doit aussi être écarté au profit du critère de l'accessibilité pour déterminer la législation applicable. En matière de droit d'auteur, le conflit de lois apparaît plus facilement. La raison est due au fait que le droit d'auteur ne fait pas l'objet d'un titre comme cela est le cas en matière de brevet ou de marque. Il résulte plutôt, par effet de la loi, du fait juridique de la création. La détermination de la loi applicable se fait par référence à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 et au Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

Le Règlement se considère seulement comme un instrument inférieur dans la hiérarchie des normes aux conventions internationales régissant la matière, et peut donc trouver à

¹⁹¹ Cass. I civ., 5 avr. 2012, D. 2012. 1005 ; L. Costes, Offre en ligne de CD comprenant des chansons sans l'accord de leur auteur : quid de la compétence territoriale ?, Note sous Cass. I civ., 5 avr. 2012, RLDI mai 2012, n° 82

¹⁹² CJUE, 30 oct. 2013, affaire C-170/12, Peter Pinckney c/ KDG Mediatech AG, RLDI 2013/98, n° 3239 ; disponible aussi sur Legalis.net

s'appliquer en l'absence de dispositions contraires. Or, l'article 5-2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, et l'article 8-1 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) donnent compétence à la loi du pays où la protection est réclamée¹⁹³. A ce niveau, pour le lieu du dommage, le critère de la direction de l'activité a été proposé. Toutefois, il peut être écarté dans certaines circonstances, au profit du critère de l'accessibilité.

252. Le critère de la direction de l'activité qui caractérise une existence de l'offre et de la disponibilité des produits sur le marché français peut s'avérer utile pour déterminer la législation applicable à la contrefaçon des marques. Il s'avère aussi utile en droit d'auteur s'il s'agit de commercialiser des supports de reproduction de manière illicite. Cependant le critère de la direction de l'activité n'a aucun sens dans le cas d'une atteinte aux droits d'auteur, s'il s'agit non pas d'une reproduction mais uniquement d'une représentation¹⁹⁴. Il ressort de cela que le critère de la direction est écarté pour appliquer le critère de l'accessibilité. Le critère de l'accessibilité retrouve toute son importance dans la détermination de la loi applicable.

Les affaires Google Images et Google livres illustrent cette problématique¹⁹⁵. Dans le cadre de sa bibliothèque géante (Bibliothèque numérique), depuis 2004, Google Incorporation procède à la numérisation des livres et à la mise en ligne de courts extraits sans avoir l'autorisation des ayants droit. La société Google ayant son siège aux États-Unis se prévaut être soumis à la législation américaine. Le système américain est fondé sur l'exception d'usage équitable « fair use », laissé à l'appréciation du juge. Cette exception de caractère général prévue par la loi du *copyright*, permet de réaliser une copie sans l'autorisation de son auteur.

Quelle législation faut-il appliquer : la législation française ou la législation américaine ?

D'un côté, assurer la protection des auteurs, ayants droit et éditeurs, de l'autre côté, favoriser la contrefaçon en donnant caution à de grandes entreprises comme Google qui se chargent de diffuser des œuvres sur Internet, et aussi favoriser la délocalisation des opérateurs qui iront s'installer dans des pays à faible protection des droits d'auteur.

¹⁹³ Asim SINGH et Sylvia ISRAEL, Google Books, morceaux choisis, note sous TGI, 3^e ch., 2^e sect., 18 déc. 2009, RLDI 2010/57 n° 1877 ; TGI, 3^e ch., 2^e sect., 18 déc. 2009, RLDI 2010/56, n° 1848

¹⁹⁴ Frédéric POLLAUD-DULIAN, A propos des conflits de juridictions en matière de contrefaçon par Internet, Gaz. Pal., 6 nov. 2008, n° 311, p. 5

¹⁹⁵ Diffusion sur Internet d'images ou de photographies ou d'extraits de textes sans l'autorisation des titulaires de droits : TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 oct. 2009, H K, André R. c/ Google ; et TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 20 mai 2008, SAIF c/ SARRL Google, Sté Google Inc., Décisions disponibles sur Legalis.net

Google réalise deux séries d'actes constitutives de contrefaçon : d'une part, une numérisation des œuvres, constitutive d'une reproduction, réalisée aux États-Unis, donc soumise à la législation américaine, d'autre part une communication au public, ou représentation des extraits, en l'espèce en langue française. L'affichage qui est la représentation, peut être localisé sur le territoire français d'où la compétence de la loi française. Il ressort de cela que pour déterminer la législation compétente, il faut appliquer au cybercommerçant le critère de l'accessibilité. Ainsi, toute diffusion perceptible par des internautes en France entraîne la compétence de la législation française.

253. De tout ce qui précède, l'observation que nous pouvons faire est que, en ce qui concerne la matérialisation du dommage, une distinction entre les critères de rattachement pourrait s'opérer selon que le préjudice invoqué résulte d'une atteinte à un droit de la personnalité ou d'une atteinte à un droit patrimonial comme le droit patrimonial de l'auteur ou la titularité d'une marque¹⁹⁶.

Dans le premier cas, concernant le droit de la personnalité, c'est le critère du centre des intérêts, déterminant le lieu de résidence habituel de la victime, qui s'applique pour déterminer la juridiction compétente. Dans le deuxième cas relatif au droit patrimonial, il faut distinguer d'abord, l'application du critère de la direction de l'activité lorsque les internautes résidant sur le territoire sont visés ou les produits sont disponibles sur le territoire, dans le cadre de la concurrence déloyale et de la contrefaçon. Ensuite, lorsque le public n'est pas visé, ou en l'absence d'impact économique, l'on a recours au critère de l'enregistrement pour les droits de propriété industrielle, qui détermine le pays capable le mieux, de protéger le titre : le brevet ou la marque. Enfin, en l'absence de commercialisation, l'on applique le critère de l'accessibilité pour les droits de propriété littéraire et artistique naissant sans formalité, pour constater le dommage. Ces critères qui s'appliquent pour la détermination de la juridiction compétente peuvent s'appliquer aussi pour la détermination de la loi applicable.

¹⁹⁶ Florence DAUVERGNE, Atteinte à un droit sur Internet, quelle compétence, disponible sur le site Nomosnetcom.fr, consulté le 10 mars 2013

Conclusion du Chapitre 2

254. La localisation de l'activité permet de rattacher le cybercommerçant à un territoire à travers les règles de rattachement communes à tous les opérateurs. Si certaines s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. D'autres par contre suscitent des difficultés. Face, à ces problèmes, il n'a pas été question de créer des règles spécifiques de rattachement, mais plutôt le juge a été amené à interpréter les règles existantes en utilisant deux critères : le critère de l'accessibilité et le critère de la direction de l'activité.

L'insuffisance du critère de l'accessibilité a été démontrée compte tenu de la plurilocalisation involontaire et des risques énormes qu'il fait prendre au cybercommerçant, contrairement au commerçant ordinaire. L'exercice de l'activité du cybercommerçant dans l'univers numérique déclenche le jeu d'autant de réglementations nationales et de juridictions compétentes qu'il y a de territoires dans le monde, d'où l'insécurité juridique. L'ubiquité des activités sur Internet a conduit les juridictions à émettre des conclusions divergentes. Ces décisions disparates constituent une entrave aux efforts de prévisions des effets juridiques que peuvent entraîner les activités du cybercommerçant. Pour éviter les conflits positifs de compétence due à l'ubiquité, il faut se tourner pour l'interprétation du droit existant vers le critère de la direction de l'activité tant sur le plan contractuel que sur le plan délictuel et aussi vers les autres critères émis par la jurisprudence européenne qui garantissent la sécurité juridique.

Il ressort de cela que le droit international privé fournit les bases de solution au problème de l'ubiquité des activités du cybercommerçant. L'un des arguments de fond présidant à l'élaboration de toute règle de droit international privé trouve particulièrement à s'appliquer à travers la prévisibilité de la juridiction compétente et de la loi applicable. Le commerce électronique ne pourra véritablement bien se développer que si le cybercommerçant a confiance. Or, cette confiance réside dans la certitude qu'un corps précis de règles juridiques stables, est applicable¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Christiane FÉRAL-SCHUHL, La mise en application des décisions de justice, in *Le droit international de l'internet* (Dir. Georges CHATILLON), p. 539-560, spéc. p. 547, précité

Conclusion du Titre 1

255. Internet est un formidable promoteur d'ubiquité. Toutefois, il ne bouleverse pas les tendances anciennes ou plus contemporaines du droit international privé¹⁹⁸ et, les règles du droit commun en général. Il n'a pas été question d'entériner la réalité technique de l'univers du cybercommerçant. Au contraire, il s'est agi de dépasser cette réalité technique pour rattacher le cybercommerçant à des territoires étatiques. C'est pour cela que différents textes antérieurs au développement des activités dans le monde numérique, en raison de la généralité des termes dans lesquels ils sont rédigés, s'appliquent au cybercommerçant pour déterminer la localisation tant de son établissement que de son activité.

L'objectif est de préserver l'unité des règles compte-tenu du fait que les règles générales sont efficaces pour localiser l'établissement et l'activité du cybercommerçant. Il existe des critères émanant des règles générales qui permettent de neutraliser l'ubiquité en rattachant le cybercommerçant à un territoire. Le rattachement à un territoire a pour conséquence l'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants.

¹⁹⁸ Jean-Sylvestre BERGÉ, La résolution des conflits de lois, in *Le droit international de l'internet* (Dir. Georges CHATILLON), Bruylant, Bruxelles 2002, p. 517

Titre 2- L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants

256. L'intégration est « l'opération par laquelle un individu s'incorpore à une collectivité, à un milieu »¹⁹⁹. L'intégration du cybercommerçant est le processus qui consiste à le faire entrer dans un grand ensemble qui est la communauté des commerçants. Ces commerçants sont régis par un ensemble de règles qui déterminent tant leur statut que les instruments nécessaires à l'exercice de l'activité. Or, le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel à travers la dématérialisation. La question de la dématérialisation a trouvé réponse dans le droit existant. Le cybercommerçant relève principalement pour l'accès à la profession et l'organisation de son activité, de la loi du pays dans lequel il a son établissement. Et cette solution est de nature à lui donner une assez grande sécurité juridique. Elle s'impose dans le cadre de l'Union européenne. De cela découle le principe de l'application de la loi du pays d'origine : chaque État membre admet sur son territoire ce qui provient des autres États membres et a été réalisé conformément à leur droit national²⁰⁰. Ce principe est consacré par l'article 3 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 commerce électronique en ces termes : « *Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné* ».

Les règles régissant le statut professionnel du commerçant traditionnel sont appliquées au cybercommerçant. En outre, il faut fournir au cybercommerçant les outils nécessaires pour faciliter l'exercice de l'activité commerciale. Or, le cybercommerçant utilise des instruments propres à l'environnement numérique pour exercer ses activités. La reconnaissance juridique des instruments techniques du cybercommerçant permet de protéger le cybercommerçant, en lui donnant les outils commerciaux qui faciliteront son commerce.

La conséquence du rattachement du cybercommerçant à un territoire est l'intégration de ce dernier dans le droit commun aux commerçants. Cette intégration du cybercommerçant impose de lui appliquer les règles communes à tous les commerçants. Ces règles concernent d'une part le statut professionnel (Chapitre 1) et, d'autre part, les instruments de l'activité (Chapitre 2).

¹⁹⁹ Dictionnaire Le Petit Robert 2014, Voir Intégration

²⁰⁰ Jérôme HUET, Le droit applicable dans les réseaux numériques, in Le droit international de l'internet (Dir : Georges CHATILLON), Bruylant Bruxelles, 2002, p. 76

Chapitre 1- Le statut professionnel

257. La neutralisation de l'ubiquité impose d'appliquer au cybercommerçant les règles générales. Ainsi, le rattachement du cybercommerçant à un territoire permet l'application du statut professionnel de commerçant. Le statut est « *l'ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent pour l'essentiel la condition et le régime juridiques* »²⁰¹.

La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique, en son article 3, fait prévaloir le respect des règles nationales, qui vaut assurément pour la réglementation statutaire des opérateurs du commerce électronique et pour le contrôle réglementaire qui s'exerce sur eux²⁰². Il faut appliquer aux cybercommerçants les mêmes règles que les commerçants traditionnels établis sur le territoire. C'est le principe de la neutralité des règles : neutralité des règles pour qu'il y ait libre jeu de la concurrence.

Si les règles ne doivent pas avoir pour but d'imposer un traitement discriminatoire au cybercommerçant et à ses activités, il est également important d'éviter des distorsions inévitables de la concurrence. Or, Internet, du fait de l'ubiquité, facilite les fraudes et évasions. Dans cette situation, l'égalité des chances est rompue dans la concurrence entre opérateurs. Le principe de la nécessaire égalité des conditions de concurrence entre opérateurs du commerce traditionnel et opérateurs du commerce électronique, impose de trouver des solutions pour lutter contre les distorsions de concurrence.

Il ressort de cela que l'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants se réalise par l'application du statut professionnel du commerçant. Cela nécessite d'une part, la neutralité des règles (Section 1) et, d'autre part, la lutte contre les distorsions de concurrence (Section 2).

²⁰¹ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Association Capitant, PUF, 10^e éd. 2014, Voir statut

²⁰² Marie-Elodie ANCEL, Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique, in RLDI 2010/63, n° 2097

Section 1- La neutralité des règles

258. La neutralité peut être définie « *comme la qualité qui permet à une disposition d'avoir le moins d'effets possible sur les décisions économiques de l'ensemble des acteurs, qui ne soient pas légitimés par la volonté collective dont le législateur a la charge* »²⁰³.

La neutralité a été affirmée pour résoudre certains problèmes dus à l'avènement du cybercommerçant. Ces problèmes concernaient l'application des règles commerciales et des règles fiscales dans un environnement dématérialisé. La question de l'accès et l'exercice de la profession d'une part, et d'autre part, de l'imposition des transactions réalisées par le professionnel du commerce électronique, a fait l'objet de nombreuses réflexions et travaux menés tant au niveau international que national. Il s'agissait de déterminer si le cybercommerçant devait être régi par des règles spécifiques ou par des règles générales. La solution a été d'appliquer les règles communes à tout commerçant en mettant en œuvre le principe de neutralité.

L'objectif est de neutraliser l'ubiquité, en parvenant à une égalité de traitement entre le cybercommerçant et le commerçant ordinaire, tant au niveau des règles commerciales (Paragraphe 1) que des règles fiscales (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La neutralité des règles commerciales

259. La neutralité des règles commerciales se constate par l'absence de discrimination entre opérateurs quant à l'accès à la profession et à l'exercice de l'activité. Il n'existe pas de règles spécifiques au cybercommerçant pour l'accès à l'activité commerciale. La neutralité si elle exclut la création de règles spécifiques au cybercommerçant, n'est pas non plus l'absence de soumission aux règles. Le cybercommerçant est soumis aux mêmes règles que le commerçant traditionnel.

Le cybercommerçant, comme tout commerçant, pour exercer son activité, bénéficie de l'absence d'autorisation spécifique (I) et est soumis aux réglementations professionnelles (II).

²⁰³ Olivier BOUTELLIS, Les nouveaux horizons de la politique fiscale dans la société globale de l'information, Revue de droit fiscal 2000, n° 7, p. 322-333, spéc. p. 324

I- L'absence d'autorisation spécifique

260. L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants nécessitait de mettre en œuvre la neutralité des règles commerciales. Cette neutralité des règles est conditionnée par la liberté du commerce²⁰⁴. La liberté du commerce est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre²⁰⁵. Tous ceux qui le souhaitent devraient avoir vocation à entrer sur le marché et à exercer librement leurs activités dans les mêmes conditions. En outre, la dématérialisation ne pose pas de problème dans le cadre des conditions retenues pour avoir la qualité de commerçant. Par conséquent, le cybercommerçant peut accéder à la profession commerciale et exercer ses activités sans avoir recours à une autorisation spécifique.

L'absence d'autorisation spécifique se justifie par l'affirmation de la liberté d'entreprendre (A) et l'indifférence de la dématérialisation dans la qualification de commerçant (B).

A- L'affirmation de la liberté d'entreprendre

261. Le cybercommerçant comme le commerçant traditionnel, est soumis au principe de la liberté d'entreprendre ou d'entreprise, consacré aussi bien par le droit français que par le droit européen. La liberté d'entreprendre est une liberté fondamentale qui s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur. La dématérialisation ne pose pas de difficulté dans l'affirmation de la liberté d'entreprendre. C'est la raison pour laquelle les textes sur le commerce électronique vont affirmer de nouveau le principe de la liberté d'entreprendre ou liberté d'entreprise pour justifier l'absence d'une autorisation spécifique du cybercommerçant. En conséquence, le fondement des activités commerciales du cybercommerçant repose sur la liberté d'entreprendre. Cette liberté est reconnue tant par les textes européens que français.

²⁰⁴ La liberté du commerce et de l'industrie n'est pas une des libertés fondamentales. Deux textes sont considérés comme le fondement de la liberté du commerce et de l'industrie : le décret d'Allarde des 2-17 mars 1971 qui dispose que « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* », et la loi Le Chapelier des 14-17 juin, supprimant les corporations qui a été abrogée par la loi de 1884 sur la liberté syndicale. La liberté du commerce et de l'industrie a une valeur législative qui a été consacrée au moins à l'égard des collectivités territoriales locales selon le Code général des collectivités territoriales, qui a repris les dispositions de la loi du 2 mars 1982, les communes (article L. 2251- 1), les départements (article L. 3231-1), les régions (article L. 4253-1) peuvent intervenir en matière économique et sociale à condition de respecter notamment, la liberté du commerce et de l'industrie

²⁰⁵ Conseil d'État, ord. réf. 12 nov. 2001, n° 239840 : commune de Montreuil-Bellay, Gaz. Pal. Rec. 2002, somm. p. 1569 et Rép. Defrénois 2002, p. 558, note P. Benoît-Cattin, Conseil d'État, 25 avr. 2002, n° 245414 : Sté Saria Industries, Gaz. Pal. Rec. 2003, somm., p. 1171

262. Au niveau européen, rappelons que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît la liberté d'entreprise en son article 16 en ces termes : « *la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* »²⁰⁶. La normativité de la liberté d'entreprise, clairement affirmée par le droit de l'Union européenne s'impose à tous les États membres²⁰⁷.

263. Au niveau national, l'expression législative la plus nette de la liberté d'entreprendre se trouve à l'article 1^{er}, alinéa 1, de la Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « Loi Royer » qui énonce que « *la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale* ». Issue de la révolution française, la liberté d'entreprendre est une règle à valeur constitutionnelle qui trouve sa racine dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789²⁰⁸. La Constitution ne consacre pas expressément la liberté d'entreprendre en tant que principe constitutionnel. Toutefois, le Conseil constitutionnel a néanmoins déduit l'appartenance de la liberté d'entreprendre au bloc de constitutionalité, de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme²⁰⁹. Cette interprétation extensive de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, opérée sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, a été transposée au contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité ouvert par l'article 61-1 de la Constitution²¹⁰.

Dans sa décision du 16 janvier 1982, sur les nationalisations, le Conseil constitutionnel estime que « *la liberté qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* »²¹¹. La décision du Conseil

²⁰⁶ JOUE n° C-364/12 du 18 déc. 2000

²⁰⁷ La liberté d'entreprendre est différemment dénommée « liberté d'exercer une activité lucrative » en Autriche ; liberté de la profession en Allemagne ; « liberté d'entreprise » en Espagne ; et « liberté de l'activité économique privée » en Italie. Il s'agit de la même notion, sauf à considérer que le contexte peut être différent selon les pays. Dans chacun des pays, cette liberté est expressément consacrée par la Constitution (article 6 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale en Allemagne ; article 41 alinéa 1^{er} de la Constitution italienne ; et article 38 alinéa 1 de la Constitution espagnole)

²⁰⁸ Moncef KDHIR, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?, D. 1994, Chron., p. 30-33

²⁰⁹ Louis FAVOREU, Patrick GAÏA et a., Droit des libertés fondamentales, 6 éd. Dalloz 2012, Paris, n° 274 et s., p. 303 et s.

²¹⁰ 55 QPC du 18 oct. 2010 ; 89 QPC du 22 janv. 2011 ; 139 QPC du 24 juin 2011

²¹¹ Décision n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, GD, n° 14, JO du 17 janv. 1982, p. 229 ; Voir JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck ; D. 1983, 169, note Hamon.

constitutionnel définit la liberté d'entreprendre et lui donne clairement une valeur constitutionnelle²¹².

La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République, renforce la protection constitutionnelle en permettant à un requérant, lors d'une instance en cours devant une juridiction, de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel pouvant être saisi et abroger la loi contestée. Cette protection se traduit en ces termes : « *Les droits et libertés fondamentaux sont, en premier lieu, protégés contre le pouvoir exécutif mais aussi contre le pouvoir législatif (...). En deuxième lieu, les droits fondamentaux sont garantis en vertu non seulement de la loi, mais surtout de la Constitution ou des textes internationaux ou supranationaux. En troisième lieu, la protection des droits fondamentaux nécessite, pour être assurée contre les pouvoirs exécutif et législatif, en application des textes constitutionnels (ou internationaux), qu'en soient chargés, non plus seulement les juges ordinaires, mais aussi les juges constitutionnels et même les juges internationaux* »²¹³.

264. La liberté d'entreprendre ou liberté d'entreprise est le droit pour toute personne physique ou morale de se livrer aux activités commerciales ou industrielles de son choix en créant une entreprise. L'intérêt de la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre est de pouvoir l'opposer à la loi. Le principe de la liberté d'entreprendre s'impose tout d'abord au Parlement qui ne peut y déroger que pour des raisons d'intérêt général. Le législateur ne peut la restreindre d'une manière arbitraire ou abusive. Ensuite, le principe s'impose à l'administration car il s'agit d'une liberté publique. Le Conseil d'État considère qu'il s'agit d'un principe qui s'impose au pouvoir réglementaire, mais aussi une liberté fondamentale, au sens de l'article L 521-2 du Code de justice administrative²¹⁴.

265. Le cybercommerçant, comme tout commerçant bénéficie de la liberté d'entreprendre. Il est donc protégé dans le cadre de l'exercice de son activité. C'est pour cela que la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique transposant la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique, se fonde sur cette liberté pour afficher le principe de neutralité. En effet, ces textes n'imposent pas au cybercommerçant d'obtenir une autorisation spéciale pour exercer une activité en ligne. La Directive 2000/31/CE du 8 juin

²¹² Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dictionnaire des droits fondamentaux, éd. Dalloz 2010, Voir Liberté d'entreprendre, n° 439 et s

²¹³ Louis FAVOREU, Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, Colloque International de l'Île Maurice, 29 sept.-1^{er} oct. 1993, éd. Aupelf-Uref, 1994, p. 48

²¹⁴ Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 20^e éd. Sirey Dalloz, Paris, 2012, n° 675, p. 339 et s.

2000, dite commerce électronique soutient en son article 4 que « *les États membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent* ». Transposant la Directive, la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique en son article 16, alinéa 1 affirme que « *l'activité définie à l'article 14 s'exerce librement sur le territoire national....* ». Et cette activité visée à l'article 14, est la fourniture de biens ou de services.

266. La Cour de justice de l'Union européenne²¹⁵ reconnaît le droit au libre exercice de l'activité économique comme un droit fondamental européen. La jurisprudence européenne rappelle que la régulation des activités sur Internet ne saurait s'accommoder de compromis sur les libertés fondamentales. C'est à l'aune de cette liberté que la CJUE, dans un arrêt du 24 novembre 2011, refuse que puisse être enjointe la mise en place d'un système de filtrage, ce qui « *entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès Internet concerné, puisqu'elle l'obligerait à mettre en place un système informatique complexe, coûteux, permanent et à ses seuls frais (...)* »²¹⁶. La CJUE vient confirmer le soubassement des réseaux en affirmant la liberté d'entreprise des intermédiaires techniques. Cette solution pourrait s'appliquer au cybercommerçant.

267. En somme, la liberté fondamentale d'entreprendre ou d'entreprise ne pouvait donc être ignorée dans l'élaboration des règles relatives au cybercommerçant. Elle constitue le fondement de l'absence d'autorisation préalable de l'opérateur du commerce traditionnel. Cette même liberté d'entreprendre s'appliquant au cybercommerçant, ce dernier doit avoir le même traitement que le commerçant ordinaire. C'est la raison pour laquelle, les textes relatifs au cybercommerçant ont consacré la neutralité des règles commerciales. Cette neutralité se matérialise par l'absence d'autorisation spécifique du cybercommerçant tant pour accéder à la profession commerciale, que pour exercer une activité commerciale. L'absence d'une autorisation spécifique du cybercommerçant qui a pour fondement la liberté d'entreprendre, permet de mettre en exergue aussi, l'indifférence de la dématérialisation dans la qualification de commerçant.

²¹⁵ CJCE, 10 juill. Neu et autres c/ Secrétaire d'État à l'agriculture et à la viticulture, aff. C-90/90, Rec. P. I-3617

²¹⁶ Cédric MANARA, Fournisseur d'accès : mise en place d'un système de filtrage (note sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet c/ Sabam), D. 2011, p. 2925 ; Cédric MANARA, Bloquer le filtrage ! Une affaire critique des affaires Sabam, RLDI 2011/76, n° 2533, p. 84-93 ; Cédric MANARA, Le droit du commerce électronique après l'arrêt Scarlet, RLDI janv. 2012, n° 78

B- L'indifférence de la dématérialisation dans la qualification de commerçant

268. Le caractère général des dispositions du Code de commerce relatives aux conditions d'acquisition de la qualité de commerçant, permet d'y inclure le cybercommerçant. Il existe une grande diversité d'exploitations commerciales, mais les textes ne font aucune distinction entre les commerçants quant à leur condition juridique. En outre, les textes ne font aucune distinction quant au support utilisé pour exercer l'activité. Tous les commerçants sont soumis aux mêmes règles du Code de commerce. Il en est de même pour la personne qui exerce ses activités sur Internet. Il ressort de cela que le cybercommerçant ne bénéficie d'aucune législation spécifique relative aux conditions d'acquisition de la qualité de commerçant. Il est donc soumis aux dispositions générales.

269. Si l'on voulait durablement et avec exactitude accorder une législation spécifique aux activités du cybercommerçant, il serait donc impératif, non seulement d'élaborer une législation extrêmement détaillée, mais également d'adopter un système d'élaboration rapide des normes législatives, pour qu'aucune activité nouvelle ne puisse demeurer, de façon prolongée, sans régime juridique. Cette éventualité va entraîner une profusion des textes normatifs qui va donc nuire à la sécurité juridique. Cette hypothèse ne saurait se justifier dans la mesure où les mêmes activités du commerce traditionnel se retrouvent dans l'environnement numérique. Le cybercommerçant obéit aux mêmes critères d'acquisition de la qualité de commerçant que le commerçant traditionnel. Ces critères émanent du Code de commerce.

En se rapportant aux dispositions du droit commun aux commerçants, deux conceptions de la commercialité se distinguent. D'une part, la conception formelle fondée sur le statut de l'opérateur économique, a pour conséquence une présomption de commercialité. D'autre part, la conception matérielle fondée sur la répétition des actes effectués par ce dernier, détermine le fondement d'une commercialité sous réserve d'habitude. Il nous semble logique d'affirmer que la notion de commercialité porte sur l'ensemble des activités de commerce exercées sur le réseau numérique, telles qu'elles peuvent exister dans le monde physique.

270. Dans un premier temps, pour le commerçant, personne morale, la loi recourt volontiers au critère de la commercialité en raison de la seule forme, ce qui est un critère indiscutable. L'article L. 210-1 du Code de commerce énonce : « *Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales en raison de*

leur forme et quelque soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions ».

Toute société a un objet qui est déterminé par l'acte constitutif. La personnalité morale lui est accordée de plein droit par la loi dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, conformément à l'article L. 210-6, alinéa 1 du Code de commerce²¹⁷. Si cet objet est une entreprise commerciale, la société est commerciale et elle doit prendre l'une des formes prévues par la loi commerciale. En déterminant son objet par ses statuts, elle marque elle-même le caractère de son activité. La forme est considérée comme dominant l'activité du groupement. En règle générale, ces sociétés sont déclarées commerciales et leur caractère commercial rejaillisse sur les actes qu'elles accomplissent²¹⁸.

Les conditions énumérées ne portent pas sur le support utilisé pour l'exercice de l'activité. Que l'activité soit exercée dans le monde physique ou dans l'univers électronique, n'a aucune incidence sur les critères établis. Ces conditions s'appliquent donc au cybercommerçant.

271. Dans un deuxième temps, pour les commerçants, personnes physiques et pour les personnes morales n'ayant pas la forme commerciale, l'article L. 121-1 du Code de commerce énonce : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Cette définition fait apparaître une double condition pour avoir la qualité de commerçant. Tout d'abord, il faut exercer des actes de commerce, lesquels actes sont contenus dans l'article L. 110-1 du Code de commerce. Ensuite, il faut faire de cet exercice, sa profession habituelle. A ces deux conditions posées par l'article L. 121-1 du Code de commerce, la jurisprudence en a ajouté une troisième, à savoir que ces actes doivent être passés à titre indépendant.

Les conditions énumérées ne mettent pas en cause le moyen utilisé pour exercer l'activité. Celui qui exerce ses activités sur Internet n'est donc pas exclu, compte tenu du caractère général des dispositions du Code de commerce. Par conséquent, les actes de commerce, comme la qualité de commerçant ne font appel à aucune autre condition que celles énumérées dans le Code de commerce.

272. La jurisprudence s'en tient à une position tout à fait stricte : lorsqu'il s'agit d'actes que le Code de commerce identifie comme actes de commerce, aucune autre condition

²¹⁷ Article L. 210-6, alinéa 1 du Code de commerce : « *Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation* ».

²¹⁸ Louis VOGEL, Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique, 19^e éd. L.G.D.J, 2010, n° 123, p. 123

n'est requise pour fonder la compétence du tribunal de commerce. La compétence du tribunal de commerce est reconnue quelle que soit la qualité de la personne qui accomplit l'acte, commerçante ou non. La qualification d'actes de commerce obéit aux mêmes critères posés par le Code de commerce, quelque soit le support utilisé pour exercer l'activité. Il suffit simplement d'établir que l'acte au titre duquel un litige est né relève de la qualification d'acte de commerce, pour fonder la compétence de la juridiction commerciale. En témoigne un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 14 février 2006²¹⁹, dans un cas où une association²²⁰ mettait en relation des particuliers sur Internet pour l'achat et la vente de leurs immeubles. L'association, atraite devant le Tribunal de commerce, en avait contesté la compétence. La Cour de cassation lui donne tort au motif que cette association proposait aux particuliers des opérations d'intermédiaire pour l'achat et la vente d'immeubles, réalisant ainsi des actes de commerce par nature au sens de l'article L. 110-1-3° du Code de commerce, d'où la compétence du tribunal de commerce²²¹. La compétence de la juridiction commerciale est fondée soit sur la qualité de commerçant, soit sur la qualification d'actes de commerce, peu importe que les actes soient accomplis sur le réseau numérique. La jurisprudence applique purement et simplement les dispositions du Code de commerce sans faire de distinction sur le support utilisé pour accomplir les actes de commerce.

273. En définitive, la liberté fondamentale d'entreprendre protège le cybercommerçant en lui permettant d'exercer son activité sans autorisation préalable. Cette protection concernant tous les commerçants sans distinction, permet d'affirmer la neutralité des règles commerciales. Cette neutralité est réaffirmée dans la qualification juridique de commerçant. Les conditions d'acquisition de la qualité de commerçant définies par le Code de commerce ne mettent pas en cause le support utilisé pour exercer l'activité, d'où l'indifférence de la dématérialisation. L'absence d'autorisation spécifique du cybercommerçant est confortée par le caractère général des critères traditionnels de la commercialité. Il n'existe pas de difficultés liées à la dématérialisation, ce qui permet d'appliquer purement et simplement ces critères dans l'univers numérique. La neutralité des règles est donc confirmée par l'absence d'autorisation spécifique du cybercommerçant pour avoir la qualité de commerçant. Toutefois, la neutralité des règles rappelle aussi que comme le

²¹⁹ Com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453, D. 2006, p. 783, obs. Chevrier ; Com. 14 févr. 2006, RTD com. 2006, 564, obs. B. Saintourens ; D. 2006 AJ (actualité juridique)

²²⁰ L'association est régie par la loi du 1^{er} juillet 1901. Selon l'article 1^{er} de cette loi, « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager les bénéfices »

²²¹ Article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire repris par l'article L. 721-3 du Code de commerce

commerçant traditionnel, le cybercommerçant est soumis aux réglementations professionnelles.

II- La soumission aux réglementations professionnelles

274. Le droit français a fait par principe le choix de permettre à toute personne d'exercer l'activité commerciale²²². Cependant, cette liberté est loin d'être absolue. Le principe de la liberté d'entreprendre n'est pas incompatible avec des limitations et des interdictions énoncées par la loi. La loi peut restreindre la liberté d'entreprendre, notamment lorsqu'elle interdit une activité ou lorsqu'elle soumet une activité à autorisation, notamment pour des raisons de défense de bonnes mœurs et de l'ordre public.

La neutralité des règles impose d'appliquer au cybercommerçant, les réglementations professionnelles du commerçant traditionnel. Elles se traduisent par des activités interdites (A) et des activités soumises à autorisation (B).

A- Les activités interdites

275. Les activités commerciales s'exercent librement sur Internet, comme cela est le cas pour le commerce traditionnel. Exceptionnellement, certaines activités peuvent être interdites par la loi. L'interdiction de l'exercice de l'activité sur Internet a été aussi débattue dans le cadre des réseaux de distribution. Il a été retenu que chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits. La neutralité des règles impose le rejet de l'interdiction générale résultant des clauses contractuelles (1) et l'admission de l'interdiction émanant de la loi (2).

1- Le rejet de l'interdiction générale résultant des clauses contractuelles

276. De nombreux producteurs ont recours à des réseaux de distribution dits « fermés » pour assurer la commercialisation de leurs produits. Certains secteurs d'activités

²²² Certaines personnes ne peuvent pas exercer une activité commerciale pour cause de déchéance, d'interdiction ou d'incompatibilité

économiques constituent le terrain privilégié du développement de ce type de réseau : automobile, produits de haute technicité, mais aussi produits de luxe, parfumerie, joaillerie. L'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique fut l'une des premières à soulever la question de la compatibilité d'une distribution Internet avec un réseau de distribution physique préexistante²²³. La question est de savoir comment le recours à Internet, en tant que mode de distribution, peut être analysé au regard du droit de la concurrence²²⁴. Le cybercommerçant est soumis au droit commun de la concurrence. Les distributeurs agréés doivent en principe pouvoir exploiter un site Internet²²⁵. La vente sur internet peut être appréhendée exclusivement comme le « complément d'un point de vente physique » au sein d'un réseau de distribution²²⁶. De ce fait, le fournisseur ne peut se réserver la publicité ou les ventes sur Internet.

277. Dans plusieurs décisions, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'interdiction faite par le fabricant à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur Internet est contraire au droit de la concurrence, et plus précisément aux articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-1 du Code de commerce. En effet, l'article L. 420-1 du Code de commerce interdit les pratiques anticoncurrentielles. L'article 101 TFUE interdit les accords qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Mais, certains accords interdits peuvent faire l'objet d'une exemption : soit d'une exemption par catégorie lorsqu'elle émane de la loi, soit d'une exemption individuelle obtenue de l'Autorité de la concurrence ou du juge. L'interdiction de vendre sur Internet imposée par le promoteur du réseau est une pratique illicite, et elle ne peut bénéficier ni d'une exemption par catégorie, ni d'une exemption individuelle.

278. La Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit aussi dans cette voie. L'illustration est donnée par cette affaire relative à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique qui avait mis en place un système de distribution sélective de ses produits (cosmétiques et

²²³ CA Versailles, 13^e ch., 2 déc. 1999, JCP G 2000, II, n° 10282, note Vivant, chron. « Droit de l'internet » ; JCP E 2000, p. 1902, n° 23, obs. Alma-Delettre, D. 2000, p. 92, obs. Manara

²²⁴ Christophe ROQUILLY, Réseaux de distribution et commerce électronique : proposition d'analyse juridique, in Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Litec 2002, p. 239-268, p. 253 ; Christophe COLLARD et Christophe ROQUILLY, Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implication en droit communautaire de la concurrence, LPA, n° 67, 3 avr. 2002, p. 4-12 ; Didier FERRIER, La distribution sur l'Internet, JCP E 2000, Cah. dr. entr., Supplément n° 2, p. 14-17

²²⁵ Jean-Louis FOURGOUX, Le Conseil de la concurrence soude les nouvelles techniques de distribution à la vente traditionnelle, RLDI 2006/22, n° 693 ; Jean-Louis FOURGOUX, Assouplissement de la distribution Internet des produits cosmétiques, D. 2007, p. 2209 ; Frédérique VANHAELEN et Thibault VERBIEST, Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile, Comm. com. électr., juill.-août 2000, chron. 13, p. 11

²²⁶ Didier FERRIER, La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006, p. 2594

d'hygiène corporelle) en imposant que les ventes soient réalisées dans un magasin physique, en présence d'un diplômé en pharmacie. Toute vente sur Internet était donc exclue. L'Autorité de la concurrence dans sa décision du 29 octobre 2008²²⁷ considère que les accords de distribution comportant des interdictions catégoriques de vente en ligne constituent des restrictions caractérisés à la concurrence. N'étant pas d'accord avec cette décision, Pierre Fabre cosmétique a saisi la Cour d'appel de Paris qui dans un arrêt du 29 octobre 2009²²⁸, a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt rendu le 13 octobre 2011, La CJUE a admis qu'« *une clause contractuelle dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet au sens de (l'article 101 paragraphe 1 du TFUE)...* »²²⁹. Cette solution se situe dans la continuité de la jurisprudence antérieure. Pour avoir gain de cause la société Pierre Fabre doit prouver que l'organisation du réseau contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Ce qui est difficile à prouver.

Les nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales du 22 avril 2010²³⁰ qui accompagnent le nouveau règlement d'exemption par catégorie du 20 avril 2010²³¹ précisent désormais expressément au point 52 que « *Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des ventes. En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits ...* ».

²²⁷ Cons. conc., déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008, Comm. com. électr. 2008, comm. 137, obs. Chagny ; RLDI févr. 2009, n° 1527 ; Emmanuel DIENY, Vente par Internet, vente hors réseau : un aperçu des décisions 2008, JCP E 2009, n° 1592 ; Sophie ALMA-DELETTRE, Distribution en ligne, JCP E, n° 5, 4 févr. 2010, p. 22.

²²⁸ CA Paris, ch. 5-7, 29 oct. 2009, RLDI 2009/55, n° 1832, obs. Costes ; Comm. com. électr. 2009, comm. 113, note Chagny.

²²⁹ CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, comm. C. Castet-Renard, RLDI 2011/76, n° 2526 ; Céline CASTET-RENARD, La vente en ligne de produits cosmétiques dans la distribution sélective : il est interdit d'interdire !, RLDI 2011/77, n° 2554 ; Étienne WERY, Distribution en ligne : 900 000 euros de pénalités pour avoir interdit à ses revendeurs de vendre en ligne, 17 déc. 2012, disponible sur le site www.droit-technologie.org

²³⁰ JOUE C 130/01 du 19 mai 2010

²³¹ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : JOUE L 102/01 du 23 avril 2010

2- L'admission de l'interdiction émanant de la loi

279. Le cybercommerçant est soumis aux réglementations professionnelles. En matière de liberté du commerce, l'ordre public et les bonnes mœurs justifient que l'exercice de certaines activités soit interdit. Sur ces fondements, il existe des activités interdites tant dans le commerce traditionnel que dans le commerce électronique. Il existe en outre, des activités interdites sur Internet par application des textes antérieurs à l'avènement du commerce électronique.

280. La première série des activités interdites sur le réseau Internet concerne les activités interdites dans le commerce traditionnel. Si toute personne est libre de commercer, les activités commerciales contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont toutefois interdites²³². Cette interdiction est contenue dans l'article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Les activités sont interdites soit dans un but d'hygiène, de morale ou de police (maison de tolérance), soit à raison d'un monopole fiscal, économique ou de police de l'État et des collectivités publiques (émission de billets de banque). Elles ne peuvent être exercées dans le commerce traditionnel. Appliquant le principe de neutralité, l'interdiction de ces activités se trouve transposée au commerce électronique. La violation de l'interdiction est sanctionnée tant sur le plan civil²³³ que pénal²³⁴. Ainsi, le cybercommerçant se voit soumis comme le commerçant traditionnel aux dispositions de l'article 6 du Code civil.

²³² Le Vocabulaire juridique 2014, Association Henri Capitant, définit les bonnes mœurs comme « *un ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale, reçue en même temps et en un lieu donné, qui constitue une norme par référence à laquelle les comportements sont appréciés et dont le contenu coutumier et évolutif, surtout relatif à la morale sexuelle, au respect de la personne humaine et aux gains immoraux, est principalement déterminé par le juge, oracle des mœurs* », et l'ordre public comme une « *norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux* »

²³³ Article 1133 du Code civil : « *La cause (d'un contrat) est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* » et l'article 1172 du Code civil : « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* »

²³⁴ Nous pouvons citer en exemple le délit de diffusion de messages pornographiques de l'article 227-24 du Code pénal : « *le fait de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, un message à caractère violent ou pornographique, ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire le commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* »

281. La deuxième série des activités interdites comprend les activités qui bénéficient d'un monopole dans le commerce traditionnel. Toutefois, les textes n'interdisent pas ou n'autorisent pas de manière expresse ces activités. A la lecture des textes les réglementant, ces activités ne peuvent pas être exercées sur le réseau numérique. En effet, la législation relative à ces activités impose de telles contraintes que dans les faits, cela s'apparente à une interdiction. C'est le cas de la vente en ligne de tabac contrairement à la vente sur Internet d'alcool qui est autorisée.

282. Il convient de s'interroger sur la légalité au regard du Code de la santé publique, des cybercommerçants vendant le tabac et les produits de tabac. La Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite Loi Evin, à travers l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique²³⁵, pose un principe général d'interdiction de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac et des produits du tabac, donc la vente est interdite. Cependant le Code de la santé publique énonce des exceptions au nombre de trois. La prohibition ne s'applique pas « *aux enseignes des débits de tabac, ni aux affichettes disposées à l'intérieur de ces établissements, non visibles de l'extérieur, à condition que ces enseignes ou ces affichettes soient conformes à des caractéristiques définies par arrêté interministériel* ».

Appliquée à Internet, cette exception pose la question de l'existence légale de débits de tabac « virtuels »²³⁶. En d'autres termes, serait-il juridiquement possible pour un cybercommerçant de vendre du tabac au public tout en bénéficiant de la dérogation prévue à l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique en ce qui concerne la publicité diffusée à l'intérieur du site ?

En ce qui concerne la commercialisation du tabac sur Internet, le texte est silencieux, d'où l'interdiction de vendre du tabac sur Internet.

Toutefois, il existe une exception en ce qui concerne les publications relatives au tabac sur Internet. Cette exception prévue à l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique, concerne les publications et services en ligne des organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs de tabac à l'égard de leurs adhérents. L'exception se limite donc aux informations dans le cadre du réseau des professionnels du tabac, et ne concerne pas la commercialisation de tabac au public. Le cybercommerçant ne peut donc vendre le tabac et les produits de tabac aux internautes.

²³⁵ Article L. 3511-3 du Code de la santé publique : « *La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac ou des produits de tabac ainsi que toute distribution gratuite sont interdites* »

²³⁶ VERBIEST, Thibault, Le nouveau droit du commerce électronique : La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, Bruxelles : Larcier, LGDJ 2005, p. 83-87

La Loi n° 2011-525 du 19 mai 2011²³⁷ qui a modifié la Loi Evin n° 91-32 du 10 janvier 1991, n'a apporté aucune modification à cette disposition, alors même qu'à cette date l'utilisation d'Internet s'était généralisée. Par ailleurs, la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique n'a également apporté aucun ajustement aux dispositions relatives à la vente du tabac sur Internet. La vente en ligne de tabac est illicite dès lors qu'il est impossible de se conformer aux exigences de la législation nationale applicable. Cette problématique, n'est pas spécifique au cybercommerçant et a été posée avant l'avènement du commerce électronique. Contrairement au tabac dont la vente sur Internet est interdite, la publicité et la commercialisation sur Internet de l'alcool sont désormais autorisées.

283. C'est la Loi Evin, qui a posé le principe général d'interdiction de la publicité en faveur de l'alcool, sous toutes ses formes, sauf dans les cas dérogatoires prévus par le nouvel article L. 3323-2 du Code de la santé publique. Or Internet n'était pas énoncé au nombre des supports publicitaires bénéficiant de la dérogation (presse écrite, radiodiffusion sonore, affiches et enseignes, affichettes), puisque le commerce électronique n'était pas encore développée au moment de l'élaboration de la loi. Il fallait donc en conclure que tout message sur Internet, en faveur de la vente des boissons alcooliques serait impossible²³⁸.

Un tel raisonnement n'était pas contestable, en vertu du principe de l'interprétation stricte des lois pénales, dès lors qu'Internet n'est pas un support publicitaire expressément visé par la loi Evin. Cette interdiction avait été confirmée par la Cour d'appel de Paris le 13 février 2008 qui a constaté que la publicité faite par messages électroniques diffusés sur le site « www.heineken.fr » empruntait un support qui n'entre pas dans l'autorisation limitative de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique. Les juges ont retenu que « *l'expression "sous forme d'envoi" définit, comme dans les alinéas précédents un support ; que les termes "circulaires, catalogues, brochures, documents" visent un support papier ; que le terme "message" dans le contexte de l'énumération ne comprend pas les messages électroniques ; qu'en outre ceux-ci, en l'espèce, ne sont pas envoyés mais mis à la disposition sur le site Internet de la société Heineken Entreprise* »²³⁹.

²³⁷ Loi n° 2011-525, de simplification et d'amélioration de la qualité de droit, du 17 mai 2011, JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537

²³⁸ Thibault VERBIEST, Le nouveau droit du commerce électronique : La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, précité, p. 87-88

²³⁹ CA Paris, 14^e Ch., sect. A, 13 févr. 2008, RG n°8/245, sur le site www.foruminternet.org; - confirmant - TGI Paris, Ord. réf., 8 janv. 2008, sur le site www.legalis.net

284. La Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires²⁴⁰, a levé les interrogations doctrinales et jurisprudentielles²⁴¹ en autorisant expressément Internet comme support publicitaire en faveur des boissons alcooliques et aussi la vente sur Internet de boissons alcooliques. L'article 18 de cette Loi introduit dans le Code de la santé publique un 9° à l'article L. 3323-2²⁴² intégrant « *les services de communication en ligne* » à la liste des supports autorisés pour effectuer de la publicité en faveur des boissons alcooliques.

En plus de la publicité, le commerce de l'alcool est désormais autorisé sur Internet. La vente en ligne, étant une vente à distance, est identifiée par la Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 comme une « vente à emporter ». En effet, l'article L. 3331-4 du Code de la santé publique indique que : « *La vente à distance est considérée comme une vente à emporter* ». Le cybercommerçant a l'obligation de détenir une licence à emporter, de ne pas vendre à des mineurs et d'inscrire sur son site un message sanitaire de type : « l'abus de l'alcool est dangereux pour la santé ».

285. En somme, l'interdiction générale et absolue de la vente sur Internet dans les contrats relatifs aux réseaux de distribution a pour effet de restreindre la concurrence. C'est pour cela que la Cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles Lignes directrices du 22 avril 2010 affirment clairement le rejet des clauses contractuelles qui interdisent aux distributeurs agréés la vente sur Internet. Toutefois, l'interdiction d'une activité sur Internet est envisageable lorsque c'est la loi qui l'admet. Il existe de ce fait, des activités interdites tant dans le commerce traditionnel que dans le commerce électronique, d'une part, et d'autre part, des activités interdites exclusivement sur Internet par application des règles antérieures à l'avènement du commerce électronique. Le cybercommerçant est tenu de se conformer aux normes impératives qui interdisent certaines activités, et soumettent d'autres activités à autorisation.

²⁴⁰ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite « Loi Bachelot », JORF n° 0167, p. 12184

²⁴¹ Voir Le Forum des droits sur l'internet, Recommandation « publicité en ligne et alcool », 15 déc. 2008, disponible sur le site www.foruminternet.org

²⁴² Article L. 3323-2-9° du Code de la santé publique : « *La propagande ou la publicité directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement... sur les services de communication en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation, ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle* »

B- Les activités soumises à autorisation

286. L'accès à certaines professions nécessite une autorisation. Ces professions sont régies par des règles spécifiques qui visent à protéger ceux qui les exercent : c'est le monopole d'activité. Le monopole s'énonce en termes d'interdiction à l'égard des personnes qui n'ont pas reçu l'agrément. Il existe plusieurs types de monopoles dont le monopole bancaire et le monopole relatif aux entreprises de vente aux enchères publiques. Pour exercer ces activités il faut avoir l'agrément soit auprès de l'Autorité de contrôle prudentielle, ou auprès de l'Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance, soit auprès du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. D'autres activités par contre, loin de bénéficier d'un monopole, sont soumises à autorisation par décret et s'exercent chaque année sur des périodes données : c'est le cas des soldes. Les règles régissant le monopole et les activités autorisées sur une période donnée, existaient avant l'arrivée du commerce électronique, et s'appliquaient dans le commerce traditionnel. L'arrivée du réseau Internet n'a pas modifié ces règles, qui sont purement et simplement transposées dans l'univers numérique et s'appliquent au cybercommerçant. Ces activités concernent le prêt d'argent (1), les ventes aux enchères (2) et les soldes (3).

1- Le prêt d'argent

287. L'activité bancaire est protégée par un monopole défini par la loi. Les prérogatives reconnues à l'exercice du métier sont accompagnées de nombreuses garanties. Le monopole bancaire vise à protéger les déposants de fonds, assurer la liquidité des marchés et garantir contre tout risque d'insolvabilité des établissements de crédit. L'accès à la profession bancaire est soumise à l'obtention de l'agrément délivrée par l'Autorité de contrôle prudentielle selon l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier. Mais, il ne concerne que l'exercice habituel des opérations de banque. Ce qui sous-entend *a contrario* que l'exercice ponctuel ou occasionnel d'opérations de banque semble toléré, mais sous la réserve mentionnée à l'alinéa 2 de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier²⁴³. L'obtention de l'agrément concerne aussi bien le professionnel traditionnel que celui qui veut exercer son

²⁴³ Article L. 511-5 alinéa 2 du Code monétaire et financier : « *Il est en outre interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme* »

activité sur Internet. La loi ne fait pas de distinction en ce qui concerne le support utilisé pour l'exercice de l'activité.

Toutes ces règles s'appliquent donc au cybercommerçant. Cependant la vente de produits financiers en ligne soulève des questions juridiques particulières dans un contexte Internet. Ces questions concernent le prêt d'argent sur Internet.

288. La création d'un site Internet dont l'objet serait de faciliter la conclusion de prêts d'argent à intérêt entre particuliers suscite pas mal d'interrogations. Le fait que le contrat de prêt soit un contrat très réglementé paraît *a priori* remettre en cause la possibilité même d'une telle activité. A l'examen, il apparaît pourtant que le prêt à intérêt entre particuliers sur Internet serait licite, sous réserve de respecter plusieurs conditions²⁴⁴. Cette activité, non encore appréhendée par le législateur, n'est pas dénuée d'intérêts. Il n'existe donc pas de réglementation spécifique concernant le prêt d'argent sur Internet.

Quel est le statut de l'exploitant du site ? La réponse se trouve dans les règles du droit commun. Il peut être vu comme offrant une simple plate-forme technique permettant de mettre en relation prêteurs et emprunteurs. Il peut être perçu comme ayant une activité de courtage en fournissant une prestation rémunérée pour son intermédiation entre prêteurs et emprunteurs.

Au regard de la garantie financière qu'il offrirait, peut-il revêtir le statut d'intermédiaire en opérations de banque ?

Selon l'article L. 519-1 du Code monétaire et financier, « *L'intermédiation en opérations de banque et en services de paiement est l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à la conclusion des opérations de banque ou des services de paiement ou à effectuer tous travaux ou conseils préparatoires à leur réalisation. Est intermédiaire en opérations de banque et de services de paiement toute personne qui exerce à titre habituel, contre une rémunération ou toute autre forme d'avantage économique, l'intermédiation en opérations de banque et en services de paiement sans se porter ducroire* »

Et selon l'article L. 519-2 du Code monétaire et financier, « *l'activité d'intermédiaire en opérations de banque ne peut s'exercer qu'entre deux personnes dont l'une au moins est un établissement de paiement. L'intermédiaire en opérations de banque et en services de paiement agit en vertu d'un mandat délivré par cet établissement. Ce mandat mentionne la nature et les conditions des opérations que l'intermédiaire est habilité à accomplir* ».

²⁴⁴ L'exigence d'un écrit s'il porte sur une somme supérieure à 1500 euros selon l'article 1341 du Code civil et le décret n°2004-836 du 20 août 2004, ou si un intérêt est stipulé selon l'article 1907, alinéa 2 du Code civil. Les dispositions plus générales du Code monétaire et financier (art. L. 313-4 et 313-5 s.), et du Code de la consommation régissant le TEG et l'usure s'appliqueront même si l'opération n'a aucun caractère habituelle.

L'absence de mandat d'un établissement de crédit devrait donc conduire à considérer qu'il s'agit d'un simple courtier de droit commun. Plus généralement la doctrine admet la licéité du courtage commercial en opération de banque, qui en soi, ne porte pas atteinte au monopole des établissements de crédit. On retiendra que l'exploitant du site, en l'état actuel de notre droit, ne saurait se présenter comme un courtier, s'agissant de prêts entre particuliers²⁴⁵.

Les dispositions du droit commun relatives à l'intermédiaire en opérations de banque et au courtier de droit commun, s'appliquent au cybercommerçant. Il ne peut donc recevoir des fonds du public pour les prêter à titre habituel. Cela a pour conséquence que les sommes ne devraient pas transiter entre ses mains, ni pour la mise à disposition des fonds, ni pour les remboursements du prêt. S'il le fait, il risque d'être qualifié d'intermédiaire en opérations de banque selon l'article L. 519-1 du Code monétaire et financier. Donc le site qui n'a pas un tel mandat doit se contenter de faire paraître des annonces sans rechercher un prêteur ou un emprunteur pour un client.

Désormais, cette activité est encadrée, avec la réforme du statut des intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement, définie par la Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 et les Décrets n° 2012-100 et 2012-101 du 26 janvier 2012²⁴⁶. Qu'il soit mandataire ou courtier, le cybercommerçant est tenu de s'immatriculer auprès de l'Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance (ORIAS). L'immatriculation est soumise à des conditions et se renouvelle chaque année.

2- Les ventes aux enchères

289. Le cybercommerçant est soumis à la législation sur les ventes volontaires de meubles aux enchères. La Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques²⁴⁷, a supprimé le monopole des commissaires-priseurs et a prévu que les ventes volontaires aux enchères publiques interviendraient dorénavant par l'intermédiaire de sociétés de forme commerciale. Cette loi toutefois conditionnait l'activité de ventes volontaires aux enchères publiques à l'obtention

²⁴⁵ Richard ROUTIER, Le prêt entre particuliers sur Internet : un financement alternatif ?, D. 2008, p. 2960-2964

²⁴⁶ Loi 2010-1249 de régulation bancaire et financière, JORF n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n° 1 ; Décret n° 2012-100 relatif à l'immatriculation des intermédiaires en opérations de banque et en services de paiements, des conseillers en investissement financier et des agents liés, JORF n° 0024 du 28 janv. 2012 p. 1647, texte n° 14 ; Décret n° 2012-101 relatif aux intermédiaires en opérations de banque et en services de paiements, JORF n° 0024 du 28 janv. 2012, p. 1649, texte n° 15. La nouvelle législation est insérée aux articles L. 519-1 à L. 519-6 du Code monétaire et financier

²⁴⁷ Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000, JORF n° 159 du 11 juill. 2000, p. 10474, texte n° 2.

d'un agrément délivré par le Conseil des ventes volontaires aux enchères publiques (appelé Conseil des ventes). La Loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011 de libéralisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques²⁴⁸, a supprimé la nécessité de l'agrément préalable au profit d'une simple déclaration préalable d'activité dont le non-respect est sanctionné pénalement comme dans l'ancien dispositif. L'activité reste donc régulée : seuls les opérateurs régulièrement déclarés, sont habilités à organiser des ventes volontaires de meubles corporels aux enchères publiques.

Le courtage aux enchères de biens culturels est soumis à la loi sur les ventes aux enchères publiques conformément à l'article L. 321-3 du Code de commerce qui dispose que « *sont également soumises aux dispositions de la présente loi (...) les opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels réalisées à distance par voie électronique* ». Les sociétés de courtage aux enchères de biens culturels doivent obtenir l'agrément nécessaire.

290. Pour certains opérateurs de vente volontaires aux enchères publiques, leur site sert principalement à présenter leur activité et le calendrier des ventes qui se réalisent dans un espace physique. Pour d'autres, en plus de cette vente physique, ils réalisent aussi directement la vente sur Internet. C'est le cas de la société Guinchard et Associés qui a réalisé 61,3 millions d'euros d'adjudications sur Internet en 2011, soit 41% de son volume d'affaires ; et de Toulouse Enchères Automobile, avec plus de 25 millions d'euros grâce aux ventes dématérialisées²⁴⁹. La situation devient plus complexe avec l'entrée sur le marché des enchères électroniques, des plates-formes de commerce en ligne.

Internet permet le développement de nouveaux acteurs que sont les sites de ventes aux enchères ou de petites annonces juridiquement appelés plates-formes de courtage en ligne, qui offrent à des particuliers de développer une activité de commerce électronique²⁵⁰. Outre les enchères électroniques traditionnelles, il y a aussi les enchères électroniques inversées. Les enchères inversées permettent à une entreprise, demandeuse de produits ou de services de mettre en concurrence plusieurs fournisseurs, qui à partir d'un prix de départ correspondant à un maximum, enchérissent à la baisse. A l'issue de l'enchère, le marché est attribué à l'enchérisseur le moins coûtant ou le mieux disant en fonction des critères qui ne sont pas seulement celui du prix. C'est une opération strictement inverse à celle des enchères classiques puisque c'est une vente réalisée à l'initiative de l'acheteur, et le jeu des enchères se

²⁴⁸ Loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011 de libéralisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, JORF n° 0167 du 21 juill. 2011, p. 12441, texte n° 1

²⁴⁹ Rapport annuel 2011 du conseil des ventes : « Les ventes publiques en France 2011 », 26 juin 2012 disponible sur le site www.conseildesventes.fr

²⁵⁰ Voir Florence MAS, L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique, RLDI 2006/12 n° 367

fait dans un sens décroissant. C'est la Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, en faveur des moyennes et petites entreprises²⁵¹ qui a introduit un article L. 442-10 au Code de commerce qui régit les enchères inversées lorsqu'elles sont effectuées à distance.

291. Il s'agit de qualifier les pratiques de ces cybercommerçants ; car seules les ventes volontaires aux enchères publiques sont soumises à déclaration auprès du Conseil des ventes. Les critères de distinction entre les ventes volontaires aux enchères publiques et les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique (à l'exclusion du courtage aux enchères de biens culturels), sont définis à l'article L. 321-3 du Code de commerce en ces termes : *« le fait de proposer en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs constitue une vente aux enchères par voie électronique, soumise aux dispositions du présent chapitre. Les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique se caractérisant par l'absence d'adjudication au mieux-disant des enchérisseurs et d'intervention d'un tiers dans la description du bien et la conclusion de la vente, ne constituent pas des ventes aux enchères publiques au sens du présent chapitre »*.

L'opération de vente volontaire aux enchères publiques est caractérisée par l'existence d'un mandat donné par le vendeur à l'opérateur de vente volontaire et d'une adjudication du bien au profit du meilleur enchérisseur, adjudication qui réalise la vente. A ces deux critères, le législateur a ajouté une référence au procédé d'enchères qui doit être « ouvert au public et transparent ». Cette définition doit permettre de faciliter la qualification de certaines pratiques qui présentent certaines caractéristiques communes avec la vente volontaire aux enchères publiques.

La vente aux enchères en ligne présente *« toutes les caractéristiques d'une vente publique puisqu'elle est accessible à tout internaute intéressé »*²⁵². Il a été jugé qu'une société qui se propose de recevoir en dépôt les objets de ses clients avant de les référencer sur son site, d'assurer le suivi de la vente, de répondre aux questions des acheteurs, d'assurer la transaction financière, puis de rétribuer le vendeur, agit en qualité de mandataire et est donc soumis à la législation sur les ventes aux enchères publiques. La Cour d'appel de Paris le 8 avril 2009²⁵³ a condamné Encherexpert.com, société offrant un service de dépôt-vente sur le site eBay, pour

²⁵¹ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, JORF n° 179 du 3 août 2005, p. 12639, texte n° 2

²⁵² TGI Paris, 3 mai 2000, D. 2000, p. 640, obs. L. Mauger-Vielpau

²⁵³ CA Paris, 9^e ch., 8 avr. 2009, Comm. com. électr., juill.-août 2009, comm. n° 67, note A. Debet, confirmant TGI Paris, 2 juill. 2008, Comm. com. électr., 2008, n° 136, note A. Debet ; Décisions disponibles sur le site : www.legalis.net

avoir organisé des enchères publiques en ligne sans l'agrément du Conseil des ventes. La vente volontaire aux enchères est définie par rapport à l'activité de courtage. La distinction s'opère en se demandant si le cybercommerçant a la qualité de mandataire ou de courtier.

Le courtage en ligne est expressément exclu du champ de la réglementation des ventes aux enchères publiques par le législateur. C'est le cas des plates-formes qui ont pour mission exclusive la mise en relation, comme eBay (si la mission précitée est respectée)²⁵⁴ et comme d'autres entités qui opèrent sur Internet pour vendre des véhicules au moyen d'un système d'enchères. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation le 19 février 2013, a reconnu l'absence d'adjudication en ces termes : *« si la vente était proposée au plus offrant, ce dernier devait par la suite, procéder seul, sans l'intervention de la société Auto Contact Group, à une nouvelle manœuvre pour confirmer son accord, de sorte que le bien mis en vente n'était pas adjugé à l'issue des enchères et que le dernier enchérisseur restait libre de ne pas contracter »*²⁵⁵. Elle a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 16 juin 2011 qui a reconnu que la société exerce une activité de courtage en ligne non soumis à agrément : *« Considérant qu'il ressort de l'ensemble de ces constatations que la société EXNILEA/AUTO CONTACT GROUP met en contact vendeurs et acheteurs de véhicules d'occasion et définit un processus pour parvenir à la vente (les enchères) en revanche, elle n'est pas l'élément qui conclut et assume ses conséquences comme un mandataire ; que son rôle reste celui d'un courtier... »*²⁵⁶.

3- Les soldes

292. Le cybercommerçant est soumis à la législation sur les soldes. Les soldes sont des ventes accompagnées de publicité à l'extérieur du point de vente, caractérisées par un écoulement accéléré de marchandises en stock, comprenant une réduction de prix²⁵⁷. Le cybercommerçant est tenu de respecter la réglementation des soldes contenues dans l'article L. 310-3 du Code de commerce. Les soldes pour être licites doivent respecter trois conditions.

²⁵⁴ TGI Paris 5^e ch., 25 mai 2010, Conseil des ventes c/ eBay Europe et autres, www.legalis.net, Comm. com. électr. 2010, n° 86, p. 36, note A. Debet : Le tribunal considère que eBay n'est pas soumis à la réglementation sur les ventes aux enchères publiques.

²⁵⁵ Cass. I civ, 19 févr. 2013, Décision disponible sur le site Legalis.net

²⁵⁶ CA Versailles, 3^e ch., Conseil des ventes c/ SAS AUTO CONTACT GROUP, 16 juin 2011, Décision disponible sur www.cde-montpellier.com

²⁵⁷ Il faut rappeler que les soldes se distinguent d'une part, des ventes au déballage qui sont des ventes réalisées dans des endroits physiques non destinées, en temps normal à la vente au public, et d'autre part, des liquidations qui sont des ventes tendant à écouler une marchandise à la suite d'une décision de cessation, de suspension ou de changement d'activité

La première condition est la publicité. Les soldes sont des ventes « *accompagnées ou précédées d'une publicité* », et ce quel qu'en soit le support. La deuxième condition tient aux modalités d'approvisionnement du vendeur : « *les produits annoncés comme soldés doivent avoir été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois à la date du début de la période des soldes considérée* ». La troisième condition est temporelle. Les soldes ne peuvent avoir lieu que durant des périodes bien définies. Il existe des soldes nationaux (durant l'été et l'hiver) comprenant « *Deux périodes d'une durée de cinq semaines chacune, dont les dates et heures sont fixées par décret ; ce décret peut prévoir, pour ces deux périodes, et pour les ventes autres que celles mentionnées à l'article L. 121-16 du Code de la consommation, des dates différentes dans les départements qu'il fixe pour tenir compte d'une forte saisonnalité des ventes, ou d'opérations commerciales menées dans des régions frontalières* » ; et les soldes flottants d'une période de deux semaines ou de deux périodes d'une semaine qui nécessitent la déclaration préalable faite par le commerçant auprès du préfet du département et, qui s'achèvent au plus tard un mois avant le début des soldes nationaux.

293. Concernant l'application de la réglementation sur les soldes, la question est originale et résulte de la spécificité du support utilisé par le cybercommerçant. Internet déjoue tout raisonnement territorial en permettant de s'adresser au même instant à l'ensemble des clients et prospects, quel que soit leur lieu de résidence. L'accessibilité universelle que postule l'exploitation du site se conjugue donc malaisément avec une logique de frontières. Tel est précisément le contexte du débat. Le législateur français avait remis au Préfet de chaque département le soin de fixer la date de début et de fin des soldes pour les commerçants de l'ensemble du département où les ventes seront réalisées. Le cybercommerçant se devait de respecter les périodes fixées par chaque préfet.

L'illustration est donnée par le tribunal de grande instance de Bordeaux le 6 janvier 2006. En effet, pour les soldes d'été 2003, le préfet du Nord avait fixé le point de départ des soldes au 25 juin 2003 alors que son homologue de Gironde avait retenu celle du 2 juillet. La société C-Discout lança donc son offre de soldes en ligne une semaine avant la date officielle de Gironde tout en prenant le soin d'indiquer aux clients que la date de livraison serait décalée en fonction du département de leur résidence. Dans cette affaire, le juge a condamné C-Discout (dont le siège est à Bordeaux) à 10 000 euros d'amende pour avoir proposé des produits soldés en dehors de la période des soldes. Les juges ont accueilli favorablement les arguments de la DGCCRF qui reprochait à C-Discout de proposer des produits à des internautes dont certains résidaient dans des départements où la période des soldes n'avait pas encore débuté. Pour la juridiction, l'infraction est matérialisée dès l'instant où l'offre devient consultable par

un client situé dans un département où la période de soldes n'a pas officiellement débuté. Et cela est exprimé en ces termes : « *la présentation de l'offre en date du 25 juin 2003 ayant une portée nationale et englobant donc nécessairement des départements dans lesquels le début de la période des soldes était fixé au 2 juillet 2003. L'élément matériel de l'infraction se trouve caractérisé, indépendamment du lieu du siège de la société* »²⁵⁸.

Cette décision a remis en cause une doctrine qui consistait à estimer que la période des soldes à prendre en compte pour le cybercommerçant est celle où se situe son siège social conformément à une réponse ministérielle du 5 octobre 1995²⁵⁹. En conséquence, pour les professionnels du commerce électronique, la date des soldes semble être désormais la période pendant laquelle tous les départements sont en période de soldes. En revanche, comme la durée était fixée par département, la date de fin de solde était donc différente²⁶⁰. En pratique, si tous les préfets s'accordaient sur la même date, aucune complication ne survient. L'hypothèse est en revanche toute autre lorsque l'un précède les autres. Des efforts d'harmonisation ont été faits en ce qui concerne la période des soldes, car désormais, les dates ne sont plus fixées par les préfets mais plutôt par le ministre. Et ces dates sont quasiment identiques sur toute l'étendue du territoire sauf quelques départements. Donc, le problème n'est pas totalement réglé. La solution préconisée peut être la suivante : soit une date unique pour tous les départements, soit, abandonner le système des dates des soldes. Le commerce électronique n'a fait qu'accuser ce problème qui existait avant l'arrivée d'Internet.

294. En conclusion de ce paragraphe, il est possible de dire que la neutralité des règles commerciales a été réaffirmée dans l'univers numérique. Le cybercommerçant, en dépit de la dématérialisation qui le différencie du commerçant traditionnel, s'est vu appliquer toutes les dispositions qui régissent le commerce traditionnel. Ces dispositions permettent d'accéder à la profession commerciale et d'exercer l'activité commerciale. Cela s'est traduit par l'absence d'autorisation spécifique du cybercommerçant et sa soumission aux réglementations professionnelles existantes. Il ressort de cela qu'il existe une identité de traitement entre le commerçant traditionnel et le cybercommerçant, en ce qui concerne les règles commerciales. Il en est de même pour les règles fiscales.

²⁵⁸ TGI Bordeaux, 4^e ch. corr., 9 janv. 2006, C-Discount c/ Proc. Rép., note C. Chabert, Comm. com. électr., mai 2006, n° 5, comm. 80, p. 29-31 ; décision disponible aussi sur le site Legalis.net.

²⁵⁹ Réponse ministérielle, JO Sénat Q, 5 oct. 1995, p. 1904

²⁶⁰ CHABERT Cyril, La période des soldes sur Internet : Comm. com. électr., mai 2006, n° 5, comm. 80, p. 29-31 ; Alexandre DIEHL, Les soldes sur Internet : quel est le régime applicable ?, Journal du Net, 24 janv. 2008, disponible sur le site : www.journaldunet.com

Paragraphe 2- La neutralité des règles fiscales

295. L'avènement du cybercommerçant a soulevé des questions fondamentales quant au fonctionnement des régimes fiscaux. Comment s'y prendre pour imposer le cybercommerçant ? Les avis variaient dans une certaine mesure quant à l'orientation à suivre. Pour certains, le cybercommerçant devrait trouver sa place dans le régime fiscal existant. Pour d'autres, il fallait lui appliquer un régime spécifique.

Le commerce électronique facilite les échanges internationaux, d'où le rôle déterminant de l'OCDE qui intervient dans le débat sur la fiscalité au niveau international. Il ressort de cela que l'OCDE est l'enceinte privilégiée des discussions entre États sur la fiscalité du commerce électronique. Le principe de neutralité a été affirmé lors de la Conférence ministérielle de l'OCDE tenue en octobre 1998 à Ottawa. Ainsi, le principe de neutralité fiscale s'applique au cybercommerçant en ces termes : « *La fiscalité devrait viser à assurer la neutralité et l'équité entre les différentes formes de commerce électronique et entre les formes conventionnelles et les formes électroniques de commerce. Les décisions devraient être motivées par des considérations économiques et non fiscales. Les contribuables qui se trouvent dans des situations similaires et qui effectuent des transactions similaires devraient être soumis à des niveaux d'imposition similaires* »²⁶¹.

La neutralité fiscale, principe directeur de l'imposition du professionnel du commerce électronique vise à assurer la sauvegarde des souverainetés fiscales des États en évitant les doubles impositions, et les évasions et fraudes fiscales. La neutralité fiscale se manifeste par le rejet des théories spécifiques (I) et la soumission à l'imposition classique (II).

I- Le rejet des théories spécifiques

296. La fiscalité du commerce électronique a fait l'objet d'un premier débat qui a été tranché dans les années 1990. Pour certains membres de l'OCDE, il fallait favoriser le développement du commerce électronique par la défiscalisation totale des transactions alors que, pour d'autres, le développement d'Internet et du commerce électronique pouvait permettre d'augmenter les recettes des États avec, par exemple, la mise en place d'une « taxe à l'octet ». Les travaux de l'OCDE se sont orientés vers une proposition qui consiste à ne pas

²⁶¹ « Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique », Rapport du comité des affaires fiscales présenté aux Ministres de la conférence ministérielle de l'OCDE du 8 oct. 1998, disponible sur le site Internet de l'OCDE

créer de taxe spécifique. Ils préconisent d'appliquer au commerce électronique les règles fiscales existantes²⁶².

Le cybercommerçant est soumis au principe de neutralité fiscale, d'où le rejet des théories spécifiques. Ce principe nécessite le rejet de la théorie de l'absence d'imposition (A), et le rejet de la théorie d'un impôt spécifique (B).

A- Le rejet de la théorie de l'absence d'imposition

297. La neutralité fiscale s'affirme pleinement dans l'univers numérique. Elle permet de rejeter les théories spécifiques. Au nombre de ces théories, il y a la théorie de l'absence d'imposition du cybercommerçant. Toutefois, une théorie ne saurait se justifier dans la mesure où elle serait source d'évasion fiscale et de distorsion de concurrence. C'est la raison pour laquelle cette théorie de l'absence d'imposition du cybercommerçant doit être réfutée.

298. L'absence de contrôle centralisé et de localisation de l'entreprise et des activités du cybercommerçant sont les caractéristiques qui ont mis en évidence que les opérations commerciales réalisées sur Internet pouvaient échapper à toute forme d'imposition. La conséquence de l'absence d'imposition est que l'activité sur Internet sera une source d'évasion fiscale engendrant une distorsion de concurrence par rapport au commerce traditionnel. Le commerce électronique génère des revenus ou des bénéfices au profit de ceux qui l'accomplissent, à l'image du commerce traditionnel. Dans la plupart des États, hormis certains paradis fiscaux, une personne physique ou morale qui perçoit des revenus, réalise des plus-values et accomplit des activités économiques à titre onéreux, est soumise à l'impôt. Il n'y a rien dans la nature juridique du commerce électronique qui permet au cybercommerçant d'échapper à l'impôt²⁶³. Il ressort de cela que les activités exercées par le commerçant traditionnel, sont identiques à celles exercées sur le réseau Internet. L'absence d'imposition des activités du cybercommerçant sera source d'injustice. Face à cela, tous les commerçants traditionnels vont se déporter sur le réseau Internet, entraînant la faillite du commerce traditionnel et la diminution des recettes fiscales de l'État.

²⁶² Laurent GILLE, Les dilemmes de l'économie numérique : La transformation des économies sous l'influence de l'innovation, FYP éditions 2009, p. 132-133

²⁶³ Jean Louis BILON, Fiscalité du numérique, éd. Litec 2000, p. 7

299. En définitive, la non taxation du commerce électronique introduirait une distorsion dans le système fiscal au détriment du commerce classique. Elle occasionnerait en outre une évasion fiscale. Les conséquences néfastes tant pour le commerce traditionnel que pour les États que l'absence d'imposition du cybercommerçant entraîne, sont immenses. C'est pour cela qu'il est judicieux de rejeter cette théorie spécifique et d'affirmer le principe de neutralité des règles fiscales qui s'applique au cybercommerçant. Par conséquent, le cybercommerçant est soumis à l'impôt dans les mêmes conditions que le commerçant traditionnel. Mais, compte tenu de l'immatérialité des activités du cybercommerçant, ce dernier doit-il être soumis à un impôt spécifique ? La neutralité des règles fiscales impose de rejeter aussi la théorie d'un impôt spécifique.

B- Le rejet de la théorie d'un impôt spécifique

300. Les doutes sur la possibilité d'appliquer les impôts existants au cybercommerçant et à ses activités ont conduit des auteurs à proposer des systèmes d'imposition spécifiques au cybercommerçant. Parmi les propositions, une importance particulière a été accordée à la taxe sur les bits ou taxe à l'octet²⁶⁴. L'imposition spécifique qui a été proposée est un système qui est fondée sur la mesure d'un transfert d'informations ou d'une communication électronique. La consommation de bits est considérée, par les promoteurs de cette taxe, comme étant le seul moyen capable de mesurer l'importance d'une transmission d'informations. Toutefois, la théorie d'un impôt spécifique au cybercommerçant ne saurait se justifier. Elle a été tout simplement rejetée et le principe de neutralité des règles a été réaffirmé dans l'univers numérique.

301. La création d'un impôt spécifique, dont l'application est préconisée sur le commerce électronique, a été proposée sous le nom taxe à l'octet ou taxe sur les bits (« *bit tax* » en anglais). L'idée de cet impôt est apparue, en 1996, à la suite d'un rapport élaboré par un groupe d'experts de la Communauté économique européenne (actuelle Union européenne)²⁶⁵. Les conclusions de ce rapport suggéraient à la Commission d'entreprendre une réflexion sur l'opportunité et la faisabilité d'une taxe à l'octet. L'imposition spécifique

²⁶⁴ Le mot « bit » est la contraction des mots anglais « *binary digit* », qui signifient « chiffre binaire », c'est-à-dire 0 ou 1. Un octet est une unité de mesure en informatique composé de 8 bits

²⁶⁵ Voir Building the european information Society for us all. First reflections of the level group of experts, DG. XV, Bruxelles, janv. 1996, Cité par Jean-Louis BILON, Fiscalité du numérique, précité, n° 10, p. 8

qui a été proposée est un système qui est fondée sur la mesure de l'intensité d'un transfert d'informations ou d'une communication électronique. Dans cette optique, c'est le nombre de bits utilisés qui est considéré comme seul susceptible de traduire l'importance d'une transmission d'informations. Il est en effet, théoriquement possible d'évaluer le nombre de bits utilisés par un ordinateur lors d'une utilisation d'Internet.

La taxe à l'octet se définit comme une taxe sur la transmission électronique d'informations sous forme numérique. Elle ne vise pas un produit particulier, mais une unité, les bits. Sa base imposable est en effet constituée par le nombre de bits transmis et non par la valeur ou le coût de la communication.

302. Cette taxation a été rejetée pour deux raisons.

La première est que la taxe à l'octet aurait pour effet d'introduire une injustice flagrante qui résulte du choix de la matière imposable. Fondée sur la consommation de bits, sans aucune corrélation avec la valeur des informations échangées, cette imposition prélèverait un nombre de taxe de base identique, sur des interconnexions qui, malgré un volume égal d'octets utilisés, ne présentent pas la même valeur économique. L'application de la taxe à l'octet implique l'utilisation d'un instrument de mesure de la quantité de bits consommés. Il faudrait tenir une comptabilité spéciale pour les bits, ce qui suppose la mise en place d'un équipement de mesure de volume des bits transmis (comparable aux compteurs électriques). Aussi, la taxe à l'octet devrait être appliquée aussi bien aux communications à usage commercial qu'aux communications purement gratuites. Il est moins admissible qu'une interconnexion non commerciale supporte la même taxation qu'une transaction à titre onéreux.

303. La deuxième raison est que l'introduction d'un nouvel impôt entraînerait une différence de traitement d'une même opération selon qu'elle serait réalisée par la voie classique ou par la voie électronique. Or aucune raison technique ne peut justifier que des activités juridiquement identiques soient soumises à des impositions différentes²⁶⁶. La taxe à l'octet apparaît inutile car il existe déjà dans la plupart des pays une taxe sur les services de télécommunication et sur les transactions : la TVA. Par conséquent, l'introduction de cette nouvelle taxe dans le système fiscal serait surtout d'une part un facteur de complication et d'autre part une cause de distorsion de concurrence.

²⁶⁶ Jean Louis BILON, Fiscalité du numérique, précité, n° 15, p. 8 et s.

304. En somme, la théorie d'un impôt spécifique au cybercommerçant a été rejetée pour garantir le principe de neutralité fiscale. L'Union européenne et l'OCDE ont rejeté cet impôt spécifique sur la base que le commerce électronique ne doit être ni plus ni moins taxé que le commerce traditionnel. La fiscalité doit rester neutre à l'égard de ces deux formes de commerce. Le principe de neutralité doit s'appliquer quel que soit le mode d'exercice de l'activité : le cybercommerçant doit avoir le même traitement fiscal que le commerçant ordinaire. Par conséquent, le professionnel du commerce électronique doit être soumis à l'imposition classique.

II- La soumission à l'imposition classique

305. Le droit fiscal adopte une certaine neutralité à l'égard des différentes formes juridiques que le cybercommerçant peut emprunter pour l'exercice de son activité. Un revenu similaire doit être traité fiscalement de la même façon qu'il ait été acquis par la voie électronique ou par la voie du commerce traditionnel. L'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés ne causent pas trop de difficultés dans l'environnement numérique. Nous allons plus insister sur l'impôt indirect. Concernant l'impôt indirect deux types de transactions traditionnelles sont transposés sur Internet. Dans un premier cas de figure, un bien est livré de telle sorte qu'il franchit la frontière et il est soumis à la TVA et aux droits de douanes. Dans un deuxième cas, il s'agit d'une prestation de service comme dans le commerce traditionnel. Toutefois, il arrive des cas où le cybercommerçant ne propose plus simplement la vente d'un bien matériel, ou la prestation de service mais la transmission dématérialisée de données télématiques. Une telle opération, généralement qualifiée de « téléchargement », bascule alors dans le domaine du tout numérique, opération nouvelle, dont le traitement fiscal risque de s'avérer beaucoup plus complexe. Cependant cette opération de téléchargement, loin de susciter une législation spécifique, a pu s'intégrer dans le moule juridique traditionnel. La neutralité des règles soumet le cybercommerçant à l'imposition classique aussi bien pour les activités traditionnelles (A) que pour l'opération de téléchargement (B).

A- Les activités traditionnelles

306. La TVA a un champ d'application très vaste qui englobe les opérations réalisées par le professionnel du commerce électronique, dans le cadre de ses activités. En

France, l'article 256 I du Code général des impôts dispose que « *sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées par un assujetti agissant en tant que tel* ». Cette règle met en évidence les opérations imposables par nature et la qualité de celui qui les accomplit, indépendamment du support de l'exercice de l'activité. Les seules conditions énumérées concernent la nature des activités : la livraison de biens et la prestation de service d'une part, et d'autre part, la qualité de la personne qui exerce l'activité : l'assujetti.

La prestation de service et la livraison de bien hors ligne sont des opérations identiques à celles pratiquées par le commerçant traditionnel. Et il existe une législation concernant ces opérations. C'est ce qui justifie la transposition des règles traditionnelles de la TVA au cybercommerçant, dans le cadre de la livraison de bien hors ligne et de la prestation de services.

307. Il est vrai qu'en matière de TVA, le mode de réalisation de l'opération compte peu, seule compte sa nature. Cette nature, livraison de biens meubles ou prestation de service, selon la dichotomie propre à la TVA, prend toute son importance en matière de commerce électronique pour s'appliquer à l'assujetti qui est le commerçant.

D'abord, selon l'article 256, II, 1° du Code général des impôts, « *est considéré comme livraison d'un bien, le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme propriétaire* ». Cette définition s'applique dans l'univers numérique. L'opération la plus courante, est celle du commerce de marchandises « physiques » traditionnelles ou biens corporels, mais effectué par le biais du réseau numérique. Cependant, la vente que le cybercommerçant réalise n'a quant à elle rien de particulièrement innovant puisqu'elle s'apparente très fortement à une simple « vente par correspondance ». Cela devrait justifier sinon une identité, au moins une similitude de traitement fiscal. Il n'y a donc pas de raison que les règles de TVA applicables aux produits commandés par voie électronique ne soient pas les mêmes que ceux applicables aux produits achetés par téléphone, par correspondance, ou directement auprès d'un commerçant. Le déplacement physique des biens, leur livraison matérielle rendent l'appréhension de l'opération par l'administration fiscale aussi aisée que si elle avait eu lieu selon un mode plus traditionnel. La livraison d'un bien meuble corporel dont la commande est effectuée par voie électronique et qui donne lieu à la fourniture matérielle du bien (par exemple par voie postale) demeure soumise à toutes les règles habituelles en vigueur en matière de TVA, notamment celles relatives aux livraisons et acquisitions intracommunautaires, aux ventes à distance ou aux exportations et importations.

308. Ensuite, les prestations de services sont définies négativement par rapport à la livraison de bien par l'article 24 de la Directive TVA 2006²⁶⁷ comme « *toute opération qui ne constitue pas une livraison d'un bien au sens de l'article 5* ». La définition négative des prestations de services permet à l'article 256, IV, 1° et 2° du Code général des impôts d'affirmer que « *la cession ou la concession de biens meubles incorporels, le fait de s'obliger à ne pas faire, ou à tolérer un acte ou une situation, les opérations de façon, les travaux immobiliers et l'exécution des obligations du fiduciaire, sont considérés comme des prestations de services...* ». Dans ce cas, Internet ne fait qu'apporter au commerçant un canal nouveau, de commercialisation très performant. Les services traditionnels s'entendent aussi de services accessibles par d'autres procédés de communication pour lesquels le mode électronique n'est qu'un vecteur de diffusion au même titre qu'un support écrit, téléphonique, ou télématique. Le régime de TVA applicable à ces services n'est pas modifié²⁶⁸. Internet, ici, est un mode de communication. Les règles qui gouvernent la TVA pour les prestations de services, trouvent alors à s'appliquer sans modification au cybercommerçant.

309. Enfin, les assujettis de la TVA, selon l'article 256 A du Code général des impôts, sont les personnes qui accomplissent à titre habituel et de manière indépendante des activités de producteur, de commerçant ou de prestataire de service. En outre, le statut d'assujetti s'applique aux personnes sans tenir compte de la forme ou de la nature de leur intervention ; ce qui permet d'intégrer tous les modes d'exercice de l'activité dont le support électronique. Au vu de cette énumération, le professionnel du commerce électronique ayant la qualité de commerçant, ne saurait échapper à l'application de la TVA.

310. En somme, la TVA porte sur des opérations économiques, livraison de biens meubles ou prestations de services, sans qu'à aucun moment la forme, la taille et le média utilisés pour réaliser ces opérations aient une incidence sur le fait générateur de l'imposition. Il suffit qu'un transfert du droit de disposer d'un bien meuble corporel soit intervenu ou que l'exécution d'un service ait lieu pour que la TVA s'applique. Et le cybercommerçant a la qualité de commerçant donc d'assujetti. Il n'y a dès lors aucun obstacle juridique à l'application de la TVA aux activités du cybercommerçant. Toutefois, des difficultés surviennent avec l'opération de téléchargement.

²⁶⁷ Directive TVA 2006, JOUE L 347/1 du 11 déc. 2006

²⁶⁸ Groupe Revue fiduciaire, TVA dans les opérations internationales, Coll. Les guides de gestion RF, (Dir Yves De La VILLEGUÉRIN), Dalloz 2013, n° 996, p. 390 et s.

B- L'opération de téléchargement

311. Le téléchargement est une opération nouvelle qui a connu son développement avec l'arrivée d'Internet. Cette opération nouvelle ne pouvait rester en dehors de la fiscalité puisqu'elle est une activité économique qui génère des bénéfices. Il fallait créer une législation spécifique ou soumettre cette opération aux dispositions fiscales du droit commun. Le téléchargement s'est vu appliquer le droit fiscal commun. Il reste une difficulté majeure à résoudre qui tient à la qualification juridique de l'opération de téléchargement soumise au droit commun. L'une des questions essentielles auxquelles se heurte le prélèvement de la TVA sur l'opération de téléchargement, concerne la nature juridique de cette opération spécifique au cybercommerçant. Quelle qualification juridique doit-on retenir pour les produits qui sont commandés et téléchargés en ligne, sans transit physique, ni prestations hors ligne, tels que le téléchargement de logiciels ou de musique ? S'agit-il de livraison de biens ou de prestation de services ?

La difficulté concerne la nature même des transactions du cybercommerçant et le régime des biens dématérialisés. L'administration fiscale française retient que le téléchargement est une prestation de service, toutefois une prestation de service immatérielle.

312. La première raison de la qualification de prestation de services est due à la distinction opérée par les textes entre biens et services. Selon les dispositions de l'article 256 IV du Code général des impôts, toute opération économique qui ne se traduit pas par une livraison de biens meubles corporels doit être qualifiée de prestation de services. La définition négative retenue de la prestation de services, par rapport à la livraison de biens permet d'admettre que les biens ou services qui sont non seulement commandés mais aussi téléchargés en ligne, sans transit physique ou sans prestation hors ligne sont des prestations de services. C'est le cas notamment des logiciels et des enregistrements de musique, de film, d'image qui ne nécessitent pas la livraison d'un support quelconque. Le support physique des biens ayant disparu à la suite de leur dématérialisation, ceux-ci ne peuvent plus être distingués des services²⁶⁹.

313. La deuxième raison de la qualification est due au fait générateur. Le fait générateur de la TVA concernant les biens, est le passage de la frontière par la marchandise, correspondant en pratique au dédouanement. Cette règle n'existe pas pour les prestations de service pour lesquelles le fait générateur est l'exécution du service. Elle est totalement

²⁶⁹ Bertrand PARTY, La notion d'établissement stable, Thèse Nice 2004, n° 497 et s., p. 238 et s.

inadaptée aussi pour le téléchargement, car les biens parcourent les réseaux sans se préoccuper des frontières. L'opération de dédouanement ne peut donc être assurée par les services de douane, ce qui rend impossible la mise en œuvre des exigences relatives à la perception de la TVA, normalement réclamée lors du dédouanement. L'impossibilité d'appliquer la TVA aux biens qui circulent à travers les réseaux, a conduit l'administration française et les instances européennes à qualifier les opérations de téléchargement de prestations de service.

314. Les instances européennes, s'inspirant de la position de l'administration française en matière de fourniture de logiciels, ont clairement opté pour la qualification de prestation de services dès lors que l'opération porte sur la livraison de biens dématérialisés. Par conséquent, tout téléchargement constitue au plan de la TVA, une prestation de services. Ainsi, les données, film, musique, journal, livre électroniques et autres téléchargements sont des prestations de services, selon l'article 56 de l'actuelle directive TVA.

315. Pour la fiscalité française, il s'agit non seulement de prestation de services, mais plus particulièrement d'une catégorie de prestations spécifiques appelées « prestations de services immatérielles » visées par l'article 259 B du Code général des impôts. Cet article ne concerne pas uniquement le téléchargement, mais vise un ensemble d'opérations comme les services de radiodiffusion et de télévision, les opérations bancaires, financières et d'assurance, ou de réassurance, les cessions et concessions de droits d'auteurs, de brevets ou de licences, de marque de fabrique et de commerce et d'autres droits similaires, etc. La qualification de « prestations de services immatérielles » n'est pas spécifique aux activités du cybercommerçant. Le téléchargement obéit aux dispositions du droit commun, même s'il existe des variantes quant à la qualification de cette opération.

En considérant tous les produits délivrés par voie électronique comme étant des prestations de services, des produits qui sous leur forme matérielle auraient été considérés comme des biens aux fins de TVA, cette disposition a pour but de mettre fin à la non-imposition des biens numérisés qui échappent aux contrôles matériels opérés par les douanes lors du passage de la frontière²⁷⁰.

316. Cependant, maître VERBIEST considère que la qualification doit dépendre de la « cause » réelle du contrat dans l'intention commune des parties. Ainsi, celui qui achète un CD sur support physique ou le télécharge contre paiement dans sa version numérisée entend

²⁷⁰ Cécile LEBOEUF, La TVA et le commerce électronique, Mémoire DESS, Bordeaux, 2002, p. 23-24

« acquérir » le même bien. L'acheteur a donc la conviction qu'il achète le même bien mais livré sur des supports différents²⁷¹. Cette position est celle des États-Unis qui, à la différence des États européens, considèrent qu'un bien numérisé reste un bien virtuel, mais toujours un bien, dont la livraison ne peut recevoir *a priori* la qualification de service. Par conséquent, les États-Unis distinguent d'une part, les services délivrés sur Internet qui sont couverts par l'Accord général sur le commerce et les services (GATS), et d'autre part, des biens numérisables qui peuvent être des marchandises et relèvent de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)²⁷². Cela montre que le commerce électronique conduit à s'interroger sur le processus même de la libéralisation des échanges qui repose sur une distinction traditionnelle entre biens et services, qui s'avère de moins en moins pertinente²⁷³. Nous ne saurions partager ce point de vue dans la mesure où la livraison de biens implique par définition, la délivrance physique effective d'un bien corporel donné. Ce qui n'est pas le cas en matière de transfert de données numérisées, par voie de téléchargement. La remarque que nous pouvons faire, est que les différents points de vue et qualifications juridiques du téléchargement sont tirés du droit existant. Que l'on se trouve aux États-Unis, en France ou dans un autre pays de l'Union européenne ou en dehors de l'Union européenne, les règles applicables au téléchargement sont celles définies par le droit fiscal existant. Il n'y a pas eu de législation spécifique trouvant un autre cadre que celui du droit commun, même s'il existe des modalités particulières en ce qui concerne le régime juridique. La qualification de l'opération de téléchargement en prestation de services entraîne l'application du régime des prestations de services à l'opération de téléchargement.

317. En conclusion de cette section, nous pouvons affirmer que le cybercommerçant est intégré dans le droit commun aux commerçants à travers la neutralité des règles régissant le statut professionnel. Les conditions d'acquisition de la qualité de commerçant et les obligations qui en découlent sont les mêmes que celles du commerçant traditionnel. Le principe de neutralité a été réaffirmé sur le réseau numérique. Il est à noter d'une part, l'absence d'une autorisation spécifique du cybercommerçant qui se voit soumis aux

²⁷¹ Thibault VERBIEST, TVA et commerce électronique : quelles règles appliquer ?, Expertises août-sept. 2001, p. 295-297

²⁷² « GATS », en français AGCS, Accord général sur le commerce et les services, est un traité de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui est entré en vigueur en janvier 1995 à la suite de l'Uruguay round des négociations. Le traité a été créé pour étendre le système commercial multilatéral au secteur des services, de la même manière l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) prévoit un tel système pour les marchandises. Ces accords sont des parties du grand accord créant l'OMC.

²⁷³ Laurent GILLE, Les dilemmes de l'économie numérique : La transformation des économies sous l'influence de l'innovation, FYP éditions 2009, p. 132-133

réglementations professionnelles existantes ; et d'autre part, l'absence d'un impôt spécifique au cybercommerçant qui se voit appliqué les impôts existants. La certitude de la neutralité des règles commerciales et fiscales assure la sécurité juridique du cybercommerçant, en garantissant une concurrence loyale. Toutefois Internet favorise, dans certaines situations, des distorsions de concurrence au détriment du commerce traditionnel.

Section 2- La lutte contre les distorsions de concurrence

318. La neutralité des règles a permis de mettre le cybercommerçant dans la même situation que le commerçant traditionnel. L'objectif est de permettre le développement de l'activité du cybercommerçant. Or, Internet facilite les comportements illicites. Si, nombreux sont les cybercommerçants qui exercent en toute régularité leurs activités, d'autres par contre, utilisent les caractéristiques du réseau Internet à savoir l'ubiquité, pour se soustraire à leurs obligations. Il faut certes, une égalité de traitement entre le commerçant traditionnel et le cybercommerçant, mais aussi éviter que le commerce électronique ne vienne faire une concurrence déloyale au commerce traditionnel. Cette rupture de l'égalité de la concurrence n'est ni profitable au commerce traditionnel, ni profitable au commerce électronique, d'où la lutte contre les distorsions de concurrence. Il s'agit dans ce contexte de neutraliser l'ubiquité. Pour cela, il faut appliquer au cybercommerçant, les règles générales.

Dans un tel cadre de lutte contre les distorsions de concurrence, il est apparu utile d'identifier les causes des distorsions de concurrence (Paragraphe 1) afin de proposer des solutions (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Les causes des distorsions de concurrence

319. Pour mieux cerner les causes de distorsions de concurrence, il faut tenir compte du comportement de l'opérateur. Il existe deux types de comportement qui permettent de mettre en exergue deux types de causes. Le premier type de comportement concerne l'opérateur qui s'installe dans le pays (France), et ne déclare pas son activité, ses revenus ou la TVA. L'objectif est de ne pas respecter les règles : c'est la fraude qui est donc l'action faite de mauvaise foi dans le but de tromper. Elle se constate tant au niveau commercial que fiscal. Le deuxième type de comportement est relatif à l'opérateur qui au lieu de s'installer en France, décide d'expatrier son activité et ses revenus. L'objectif est de contourner les règles en se servant des failles du système juridique : c'est l'évasion qui se traduit en évasion commerciale et en évasion fiscale.

Les causes des distorsions de concurrence ne sont pas nouvelles, mais elles sont accentuées par Internet qui grâce à l'ubiquité permet d'exercer l'activité dans le monde entier. En tenant compte du comportement, on peut regrouper les causes de distorsions de concurrence en deux catégories : les fraudes (I) et les évasions (II).

I- Les fraudes

320. La fraude est « *une tromperie, un acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter* »²⁷⁴. La fraude est un acte accompli en utilisant des moyens déloyaux destinés à obtenir un avantage indu avec l'intention d'échapper à l'application de la loi. Internet permet à de nouveaux acteurs d'entrer facilement dans le commerce et de se soustraire aux conditions et obligations liées à l'exercice de leurs activités. La dématérialisation qui caractérise les transactions électroniques offre de nouvelles possibilités de fraude commerciale (A) et de fraude fiscale (B).

A- La fraude commerciale

321. La fraude commerciale est constituée par le paracommercialisme. Les activités paracommerciales « *consistent à se livrer à une activité commerciale sans supporter les charges correspondantes (et qui) sont une atteinte aux règles d'une saine concurrence* »²⁷⁵. Le paracommercialisme porte une atteinte à l'égalité dans la concurrence, car des personnes se livrent à des activités commerciales sans en supporter les contraintes et les charges²⁷⁶.

322. La problématique du paracommercialisme n'est pas nouvelle, mais a pris de l'ampleur avec l'avènement d'Internet. Grâce à Internet, des particuliers ont la possibilité de mettre en vente tous les produits neufs ou d'occasion. Si certains ont créé leurs propres sites pour commercialiser leurs produits, d'autres, plus nombreux, ont recours à des plates-formes de commerce en ligne comme eBay, Priceminister, etc²⁷⁷. Un rapport du Forum des droits sur Internet²⁷⁸ dénombrait en mars 2004 et en France, plusieurs milliers de particuliers devenus, grâce à Internet, des professionnels de la vente à distance. Selon une étude publiée en février 2006, plus de 15 000 internautes seraient devenus professionnels grâce au seul site eBay. La

²⁷⁴ Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant 2014, précité, Voir fraude

²⁷⁵ Circulaire du 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales, JO 25 août 1987, p. 9704

²⁷⁶ Yves REINHARD, Sylvie THOMASSET-PIERRE, Cyril NOURISSAT, Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 8^e éd. LexisNexis 2012, n° 240, p. 148

²⁷⁷ Forum des droits sur Internet, Rapport annuel 2005, Recommandation « Commerce entre particuliers sur l'internet : quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation ? », La Documentation française, Paris, 2006, p. 139

²⁷⁸ Forum des droits sur Internet, Rapport annuel 2004 « Cyberconsommation : les nouvelles tendances », La documentation française, Paris, 2005, p. 249

notion de professionnel²⁷⁹ a un champ d'application plus large²⁸⁰. Si tout commerçant est un professionnel, tout professionnel n'est pas un commerçant. C'est le cas entre autres des artisans et des travailleurs indépendants. De fait, Internet ne connaît pas la frontière qui, dans le monde physique, distingue le consommateur du professionnel. Comment, sur un site comme eBay, Priceminister ou covoiturage.com, distinguer le prestataire ou vendeur occasionnel du commerçant professionnel, soumis au Code de commerce et assujetti à des obligations administratives et fiscales, lorsque l'on sait que de nombreux particuliers tirent tout ou partie de leurs revenus sur Internet en France ? La concurrence déloyale faite aux professionnels installés régulièrement incite à les débusquer rapidement afin de les sanctionner.

L'illustration est donnée par le tribunal correctionnel de Mulhouse dans un jugement du 12 janvier 2006²⁸¹. Celui-ci condamnait un internaute à une amende délictuelle de 3 800 euros dont 2 300 avec sursis pour avoir exercé une activité de vente à distance, de manière professionnelle, sans respecter la législation en vigueur. En l'espèce l'internaute avait vendu par l'intermédiaire d'eBay plus de 470 objets en deux ans. Il avait acquis de ce fait la qualité de professionnel. Dès lors, « *en raison de ses activités incluant la vente d'objets mobiliers usagés ou acquis à des personnes autres que celles qui les fabriquent ou qui en font le commerce* », il devait respecter la réglementation applicable²⁸².

323. En définitive, des milliers de particuliers exercent irrégulièrement une activité commerciale sur Internet, surtout à travers les plates-formes de commerce en ligne. L'avenir professionnel des commerçants est menacé par cette concurrence déloyale qu'ils subissent de la part de ces opérateurs qui profitent des efforts et investissements des autres ou qui ne paient ni impôts ni charges sociales²⁸³. Le paracommercialisme entraîne des distorsions de concurrence au détriment du commerçant traditionnel et du cybercommerçant qui exercent leurs activités dans la régularité. Outre la fraude commerciale, la distorsion de concurrence peut avoir aussi pour cause, la fraude fiscale.

²⁷⁹ En droit européen, les directives adoptées en matière de protection du consommateur définissent le professionnel au travers de deux critères : une habitude d'exercice de l'activité et la volonté d'en tirer des profits. La jurisprudence française a pu étendre le champ d'application du droit de la consommation en ayant recours à un nouveau critère : celui de l'exercice sous une forme organisée.

²⁸⁰ Voir Philippe Le TOURNEAU, Les critères de la qualité de professionnel, LPA n° 181, 12 sept. 2005, p. 4-5

²⁸¹ T. corr. Mulhouse, 12 janv. 2006, Ministère public c/ Marc Didier W., n° 122/2006

²⁸² Benoît TABACA, Le spectre du paracommercialisme électronique, RLDI, n° 19, sept. 2006, n° 590, p. 66-71

²⁸³ Voir Sylvie ROZENFELD, Le paracommercialisme sur Internet : un phénomène qui menace les commerçants, Expertises mars 2008, p. 83

B- La fraude fiscale

324. La fraude fiscale est une infraction à la loi commise en vue d'échapper à l'imposition ou d'en réduire le montant. Le délit général de fraude fiscale est prévu par l'article 1741 du Code général des impôts. Ce texte vise d'une part le résultat de l'action délictueuse qui est la soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés par le Code général des impôts. D'autre part, l'article 1741 du Code général des impôts incrimine un certain nombre de moyens permettant d'obtenir le résultat illicite²⁸⁴. C'est la soustraction à l'impôt.

325. Les assujettis non établis dans l'Union européenne qui rendent des services électroniques à des personnes non assujetties établies dans l'Union européenne doivent satisfaire à leurs obligations dans le cadre d'un guichet unique électronique. Ce régime spécial offre la possibilité à l'opérateur tiers de satisfaire à toutes ses obligations fiscales (identification, déclaration et paiement) auprès d'un seul portail électronique mis en place par les États membres. Il y a donc un seul État membre d'identification et un ou plusieurs États membres de consommation²⁸⁵. Il incombe aux cybercommerçants, comme aux commerçants traditionnels étrangers pour payer l'impôt, deux obligations : l'obligation de vérification du statut du preneur et l'obligation d'identification. Toutefois, le cybercommerçant étranger peut facilement se soustraire à ces obligations fiscales : c'est la fraude fiscale.

326. Quand un cybercommerçant prestataire non établi dans l'Union européenne, fournit des services électroniques à un assujetti à la TVA, lui-même établi dans l'Union européenne, le redevable de la taxe est le preneur de ce service. Il autoliquide cet impôt et l'acquitte dans son pays d'implantation. Cependant, lorsque le preneur membre de l'Union européenne d'une telle prestation est un non assujetti à la TVA (un particulier ou un consommateur), il revient au cybercommerçant étranger d'être redevable de la taxe. Pour que le cybercommerçant puisse accomplir cette obligation fiscale, il doit s'identifier auprès d'une administration fiscale d'un pays membre de l'Union européenne. Cette obligation d'identification unique serait toutefois levée lorsque les assujettis hors Union européenne n'assurent pas d'autres prestations dans l'Union européenne et que leur chiffre d'affaires annuel localisable dans l'Union européenne ne dépasse pas 100 000 euros hors taxe. Si le seuil n'est pas atteint les cybercommerçants étrangers hors Union européenne bénéficient

²⁸⁴ Wilfrid JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, 5^e éd. Dalloz, 2003, n° 165, p. 209

²⁸⁵ Groupe Revue fiduciaire, TVA dans les opérations internationales, Coll. Les guides de gestion RF, (Dir Yves De La VILLEGUÉRIN), Dalloz 2013, n° 1148, p. 429

d'une franchise de taxe. Ils échappent donc à l'obligation d'identification et au paiement de la taxe.

L'autoliquidation suppose en effet, que le prestataire soit en mesure de distinguer, entre ses clients, ceux qui sont assujettis à la TVA et ceux qui ne le sont pas. Cette distinction s'impose car les clients non assujettis à la TVA, n'autoliquident pas la taxe. Dans ce cas, le prestataire reste redevable de la TVA et doit se faire identifier auprès de l'administration compétente pour l'accomplissement de ses obligations fiscales. Il importe de préciser selon l'article 298 sexdecies F du Code général des impôts, que le cybercommerçant établi hors de l'Union européenne peut se faire identifier dans n'importe lequel des États de l'Union européenne et n'a pas l'obligation de se limiter au choix de la France²⁸⁶. Au demeurant si le preneur du service est établi en France, la TVA perçue par l'État d'identification sera reversée à la France.

327. Cependant, cette règle pose un problème dans son application. La procédure de déclaration et de paiement est entièrement électronique. De ce fait la tentation est grande, pour les cybercommerçants dépassant de peu le montant de la franchise de la TVA de ne pas l'appliquer. De même il peut sincèrement ignorer que la TVA est due²⁸⁷, ou ne pas vouloir la reverser. En pratique, il est difficile d'obtenir la collaboration des sites étrangers dans la collecte des impôts. Les sites étrangers ignorent souvent le régime fiscal des opérations qu'ils réalisent ou la situation de leur client au regard de la TVA (qualité d'assujetti ou non, localisation) et n'accomplissent pas toujours les obligations qui leur incombent. Même si des sanctions pécuniaires étaient applicables en cas de comportement fautif des acteurs en présence, il serait impossible de les administrer. En outre, le droit fiscal international ne connaît aucune mesure coercitive telle que l'injonction de faire.

Il ressort de cela que la technique du réseau Internet rend problématique l'identification du lieu où est établi le prestataire de service ; et en tout cas du lieu où est établi le bénéficiaire du service, ainsi que son statut au regard de la TVA de l'État de son établissement. On cite à cet égard, l'exemple de *Globe on line* qui gère les galeries commerciales au Brésil. Il semble que toutes les prestations soient frappées de la seule taxe brésilienne, quel que soit l'acheteur. Les représentants de l'entreprise font valoir que « *quand on vend des bits qui circulent sur le net,*

²⁸⁶ Un registre détaillé des opérations doit être tenu et conservé par le cybercommerçant pendant dix ans à compter du 31 décembre de l'année de l'opération en vue de permettre l'exercice d'un contrôle de l'Etat de consommation. Doivent apparaître dans ce registre le nom, le prénom et l'adresse postale et électronique des clients, le détail des transactions, ainsi que les détails relatifs aux paiements. La déclaration de la TVA est trimestrielle pour les opérateurs étrangers. Le paiement doit intervenir en même temps par virement bancaire en euros sur le compte de la recette des non-résidents ouvert à la banque de France.

²⁸⁷ Hossam SHAABAN, Thèse précitée, p. 229

on ne sait pas où se trouve physiquement le client, donc de quel régime de taxe il est redevable »²⁸⁸.

328. En résumé, les fraudes ne sont pas spécifiques au réseau Internet. Elles existent dans le commerce traditionnel, mais elles sont plus aisément mises en œuvre dans le commerce électronique. Les fraudes ont comme conséquence la distorsion de concurrence qui peut entraîner la faillite des commerçants traditionnels et cybercommerçants exerçant leurs activités de manière régulière. On perçoit ainsi que certains cybercommerçants peuvent développer leurs activités dans un monde virtuel totalement détaché du monde physique, de ses États, de ses frontières et de ses règles. Mais à ce compte-là, il est aussi tentant pour le cybercommerçant français de s'installer dans un autre pays dans le but de contourner les règles commerciales ou fiscales, à travers l'évasion.

II- Les évasions

329. L'évasion, phénomène existant dans le commerce traditionnel, est facilement mise en œuvre dans l'univers numérique. L'évasion consiste à établir son activité à l'étranger ou à faire fuir son revenu à l'étranger, ce qui n'est pas forcément illicite. Mais, cela le devient lorsque la personne établie à l'étranger oriente son activité en France. Certains cybercommerçants ne remplissant pas les conditions pour accéder et exercer l'activité commerciale, vont s'installer dans d'autres États dans le but d'échapper aux règles commerciales. D'autres cybercommerçants se jouent des frontières en parvenant à délocaliser leurs bénéfices dans des pays à faible fiscalité dans le but de ne pas payer d'impôt ou de payer des impôts dérisoires en France.

Il ressort de cela que l'évasion se divise en évasion commerciale (A) et en évasion fiscale (B).

A- L'évasion commerciale

330. L'évasion commerciale consiste à expatrier son activité dans le but d'échapper aux règles visant l'accès à la profession commerciale. Installé à l'étranger, le

²⁸⁸ Jean-Pierre LE GALL, Internet : cyber-fiscalité ou cyber-paradis fiscal, précité, p. 164-169

cybercommerçant peut aisément orienter son activité sur le territoire français. Les pays à législation privilégiée ou les territoires offrant une législation avantageuse peuvent aisément permettre au cybercommerçant français frappé par une incompatibilité, déchéance ou interdiction, de contourner les restrictions légales dans le cadre d'une première installation ou d'une délocalisation. La pratique du contournement des règles régissant l'accès à la profession et l'exercice de l'activité, qui existait dans le commerce traditionnel, pourrait se généraliser grâce à l'utilisation d'Internet.

331. Comment vérifier si un cybercommerçant est frappé par une incompatibilité ou une interdiction, alors qu'il décide de s'installer dans un pays membre de l'Union européen ou dans un pays tiers ?

La liberté commerciale ne s'oppose pas à ce que l'État exerce un certain contrôle de l'organisation des professions commerciales. D'une part, cependant, ces restrictions ne peuvent résulter que d'un texte législatif (article 34 de la Constitution). D'autre part, au contraire des incapacités qui tendent à protéger le seul incapable, ces restrictions poursuivent un but de police économique d'intérêt général et s'inscrivent dans le cadre de la réglementation des professions. Le fondement de ce contrôle n'est pas unique. Tantôt, il s'agit de protéger l'exercice de certaines activités qui, dans l'esprit du législateur, pourraient souffrir d'un contact trop étroit avec le commerce, tantôt d'interdire à certains, à raison des condamnations qu'ils ont encourues, l'accès à la profession commerciale, tantôt enfin, de soumettre à autorisation l'exercice de certains commerces ou l'exercice du commerce par certaines personnes : incompatibilités, interdictions ou déchéances, autorisations relèvent de ces diverses préoccupations²⁸⁹. Il s'agit de sauvegarder l'intérêt général, en écartant des personnes qui, pour des raisons les plus diverses, ne paraissent pas avoir leur place dans la profession commerciale. Ce contrôle est difficile à mettre en œuvre lorsque le français installé en dehors de la France, grâce à Internet, oriente son activité commerciale sur le territoire français. Le problème est le même pour des étrangers qui seraient interdits d'exercice dans leur pays et qui s'installent en France.

332. Les délocalisations sont particulièrement faciles et rapides pour les entreprises exerçant sur Internet. La facilité avec laquelle une entreprise peut déterminer son lieu de résidence, soit au moment du choix du lieu de constitution, soit par la modification de son lieu

²⁸⁹ Yves REINHARD, Sylvie THOMASSET-PIERRE, Cyril NOURISSAT, *Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 8^e éd. LexisNexis 2012, n° 487 et s., p. 305 et s. ; Yves GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et société*, éd. Economica 2003, t1, n° 38 et s., p. 40 et s.

de direction effective est connue depuis des années, avant l'arrivée du commerce électronique. La différence est que l'activité du cybercommerçant est encore moins dépendante qu'auparavant d'un quelconque territoire. La raison est simple, le site Internet permet à l'activité du cybercommerçant d'être accessible à tous les territoires. Et de surcroît, lorsque qu'il s'agit d'opérations de téléchargement, ou d'activités qui ne nécessitent pas une livraison matérielle des biens, il est loisible pour le cybercommerçant de s'installer dans un territoire qui dispose de facilités ou d'avantages en ce qui concerne les conditions d'accès à la profession et d'exercice de l'activité. Nous pouvons donner comme exemples les sites de vente en ligne de médicaments et les sites des paris et jeux d'argent en ligne. Nous reviendrons ultérieurement plus longuement sur ces exemples, dans nos développements consacrés aux solutions proposées²⁹⁰.

333. En somme, il existe des risques de détournement consistant pour l'entreprise spécialisée dans le commerce électronique à s'implanter dans un pays étranger dans le seul but de bénéficier des avantages commerciaux. Le cybercommerçant peut facilement contourner les restrictions légales visant l'accès à la profession et réaliser des ventes auprès des consommateurs à n'importe quel endroit grâce au site Internet. Il profite pleinement de la législation commerciale avantageuse sans perdre la compétitivité puisque sa clientèle est mondiale. Le cybercommerçant peut aussi profiter des exonérations ou avantages fiscaux en délocalisant ses bénéfices ou son activité dans un autre pays : c'est l'évasion fiscale.

B- L'évasion fiscale

334. L'évasion fiscale est le « *fait d'échapper à l'impôt par des procédés ou des manipulations non réprimées par la loi* »²⁹¹. L'évasion fiscale consiste à faire échapper à l'administration fiscale française ses revenus, la TVA, en les transférant à l'étranger. C'est un moyen d'optimisation fiscale, qui n'est pas forcément illicite, mais le devient lorsque l'opérateur oriente son activité vers la France. Les entreprises peuvent profiter de l'immatérialité de leurs activités commerciales pour localiser artificiellement leur résidence dans des territoires à fiscalité privilégiée. Le lien entre le lieu de direction effective et un territoire déterminé devient de plus en plus ténu. Le problème posé est celui de la

²⁹⁰ Voir *infra* n° 348 et s.

²⁹¹ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 2014, Voir évasion fiscale

dématérialisation des rapports économiques. Il apparaît aussi que l'évasion fiscale est permise tout autant par des règles de résidence que par des règles de source. L'entreprise peut délocaliser son siège social dans des pays à fiscalité privilégiée tout en continuant son activité par Internet destinée à tous les pays²⁹². L'évasion fiscale concerne tant les impôts directs que les impôts indirects.

335. L'évasion est relative dans un premier temps aux impôts directs : impôt sur le bénéfice ou impôt sur le revenu. Grâce à un montage fiscal complexe, les cybercommerçants tout en appliquant les législations fiscales des différents pays, arrivent à ne pas payer ou à payer moins d'impôt, compte-tenu du manque d'harmonisation des taux et de la compétition fiscale entre les pays. Les entreprises exploitent les subtilités et lacunes juridiques de certains pays pour éviter de payer la juste contribution, en ce qui concerne les impôts directs.

La mise en place de montages juridiques artificiels pour contourner l'impôt, peut être illustrée par le cas de Google : une société mère située dans les Bermudes, une société faîtière ou société de portefeuille en Irlande « *Google Ireland Holding* », qui possède les droits sur les brevets de Google et les droits sur la publicité en ligne, et une filiale située dans l'île celtique qui gère les activités de Google pour l'Europe, l'Afrique et le Moyen-Orient. Chacune des filiales de Google diminue artificiellement ses bénéfices en versant d'énormes redevances (« *les royalties* ») à la société faîtière « *Google Ireland Holding* » en Irlande, en échange de l'usage des droits de propriété intellectuelle, parce qu'en Irlande, les revenus sur la propriété intellectuelle sont peu imposés. En outre, les filiales transfèrent une partie de leurs bénéfices vers la société Google sans salariés au Pays-Bas, ce pays autorisant la création de société sans salariés (« société fantôme ») et vers les Bermudes, siège de la société mère, un paradis fiscal²⁹³. Il ne reste qu'une faible partie de bénéfices soumise à un taux d'imposition nationale. Une autre illustration peut être donnée à travers l'entreprise Amazon. Les services du ministère de l'économie et des finances réclament environ 200 millions d'euros à Amazon France en arriérés d'impôts et en pénalités pour les années 2006-2010. Comme beaucoup d'autres, Amazon fait remonter le produit de ses ventes françaises vers une filiale localisée au Luxembourg pour sa fiscalité légère²⁹⁴.

²⁹² Frédéric HUET, La fiscalité du commerce électronique, précité, n° 109 et s, p. 60 et s.

²⁹³ Source : Mytfl.fr, Journal télévisé de 20 heures, 4 févr. 2013

²⁹⁴ Emilien ERCOLANI, Le fisc demande 200 millions d'euros à Amazon, www.linformaticien.com, 13 nov. 2012 (Journal en ligne L'informaticien)

336. L'évasion est relative dans un deuxième temps aux impôts indirects : la TVA. La Directive 2002/38/CE (Directive TVA 2002)²⁹⁵ dans le but de favoriser le développement du commerce électronique, a prévu une dérogation pour les services de radiotélévision et pour certains services fournis par voie électronique. Cette dérogation prévoit que la TVA est établie dans le pays où est installé le cybercommerçant, la TVA intracommunautaire ne s'applique pas. C'est le taux du pays du cybercommerçant qui s'applique pour toutes ses transactions.

La conséquence est le « *forum shopping* »²⁹⁶ dû à la règle d'imposition non pas dans le pays de l'internaute (le particulier), mais dans le pays du cybercommerçant. En raison de l'application de la TVA du pays du prestataire, les principaux sites de vente de musique ou de logiciels en ligne ont d'ailleurs été déplacés vers le Luxembourg, où le taux de la TVA est de 15% contre 20% pour la France. Il y a donc un déséquilibre de concurrence au profit des cybercommerçants implantés dans ces pays à faible taux de TVA.

337. Pour résumer ce paragraphe, il est à noter que les distorsions de concurrence sont des réalités bien connues dans le commerce traditionnel. Mais, ces réalités sont facilement mises en œuvre dans le commerce électronique. Les activités du cybercommerçant reposant sur la dématérialisation, favorisent les fraudes et évasions commerciales et les fraudes et évasions fiscales. Toutes ces causes ne sont pas profitables au commerce traditionnel et au commerce électronique. La distorsion de concurrence est donc préjudiciable aux commerçants traditionnels et cybercommerçants exerçant leurs activités en toute régularité. La distorsion peut entraîner la faillite de ces commerçants. Les causes sont connues, il va donc falloir dès à présent trouver des solutions aux distorsions de concurrence.

Paragraphe 2- Les solutions proposées

338. Les propositions avancées pour résoudre les problèmes de fraude et d'évasion dans le commerce électronique, lorsqu'elles se démarquent des schémas de base sur lesquels sont fondés les systèmes actuels, ont pour point commun de ne pas apporter de réponse

²⁹⁵ Directive 2002/38/CE du Conseil du 7 mai 2002, modifiant en partie, à titre temporaire, la Directive 77/388/CEE en ce qui concerne le régime de taxe sur la valeur ajoutée applicable aux services de radiodiffusion et de télévision et de certains services fournis par voie électronique, JOCE L 128/41 du 15 mai 2002

²⁹⁶ Voir Thibault VERBIEST, TVA et commerce électronique : quelles règles appliquer ?, Expertises août-sept. 2001, p. 295-297

globale qui soit valable à la fois pour le commerce électronique et pour le commerce traditionnel. Au contraire, cherchant à résoudre des problèmes ponctuels et variés, elles abordent les difficultés de manière parcellaire et sont sans doute pour cette raison sans avenir²⁹⁷. Les solutions aux distorsions de concurrence imposent de rejeter les règles spécifiques au cybercommerçant pour privilégier l'application des règles générales. L'objectif est de contrôler le statut professionnel d'une part, et d'autre part, de contrôler l'activité.

Une partie de la solution aux problèmes de fraude et d'évasion peut être l'utilisation du critère de l'établissement et du critère de la direction de l'activité, qui ont permis de rattacher le cybercommerçant à un territoire, afin d'apporter des correctifs à la législation existante. Toutefois, cela n'empêche pas l'existence de comportements illicites.

Ainsi, pour lutter contre les distorsions de concurrence, il faut appliquer au cybercommerçant le critère de l'établissement pour le contrôle du statut (I) et le critère de la direction de l'activité pour le contrôle de l'activité (II).

I- Le contrôle du statut par le critère de l'établissement

339. Pour lutter contre les distorsions de concurrence, il faut appliquer au cybercommerçant le critère de l'établissement. Ce critère qui était nécessaire pour rattacher le cybercommerçant à un territoire, permet aussi de contrôler le statut professionnel. Il est donc utilisé ici pour apporter des correctifs à la législation existante afin d'éviter des distorsions de concurrence. Le contrôle du statut s'impose dans certaines situations dans le but de protéger la profession en luttant contre les fraudes et évasions.

Le remède vise à lutter contre le paracommercialisme et l'évasion par le contournement des règles d'accès à la profession. Il a pour but de renforcer le contrôle d'une part, et d'autre part, de favoriser la création licite des entreprises et leur implantation en France à travers un allègement des risques et des charges. Les solutions sont le renforcement du contrôle (A) et la création de nouveaux statuts (B).

A- Le renforcement du contrôle

²⁹⁷ Frédéric HUET, La fiscalité du commerce électronique, précité, n° 307, p. 152

340. Les textes existent pour contrôler l'établissement des cybercommerçants et sanctionner les fraudes et évasions. Toutefois, ils doivent prendre leur effectivité par l'effet de contrôles suffisants. Il s'agit de renforcer les contrôles. Ces contrôles peuvent être confiés aux administrations compétentes et aux structures de consommateurs agréées.

341. D'une part, le contrôle est effectué par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui s'est réorganisée pour mieux suivre les activités du cybercommerçant. Les internautes peuvent formuler leur réclamation directement auprès du site de la DGCCRF. En outre, la DGCCRF dispose depuis novembre 2000 d'un centre de surveillance du commerce électronique (le CSCE), qui a pour mission d'assurer une veille permanente des sites commerciaux et de leurs pratiques. Le CSCE dispose de plusieurs cyber-enquêteurs repartis sur l'ensemble du territoire. Dans son rapport qui fait le bilan de son activité de surveillance sur Internet, il est signifié qu'en 2009, 7353 sites commerciaux ont été contrôlés et 2527 anomalies ont été constatées qui ont donné lieu à 189 procès-verbaux et 1124 rappels de réglementation. En 2010, 64 000 sites Internet ont été contrôlés, le taux d'infraction s'est élevé à 13,5% contre 14,11% en 2009. En 2013, il est précisé que 10200 sites Internet ont été contrôlés et le taux d'anomalies constaté est de 27% contre 29% en 2012²⁹⁸. Des efforts sont faits et des moyens sont affectés à une structure spécialisée, le centre de surveillance du commerce électronique (le CSCE), pour lutter contre les fraudes et évasions à travers le renforcement du contrôle.

C'est aussi dans ce cadre qu'intervient la Loi 2014-344 du 17 mars 2014, dite Loi « Hamon »²⁹⁹, qui permet le renforcement des moyens d'action des agents de la DGCCRF et des pouvoirs de sanctions avec l'amende administrative. Cette loi renforce les pouvoirs d'enquêtes dont disposent les agents pour l'application du Code de commerce, surtout dans le domaine des investigations et de la conduite des procédures. Les enquêteurs chargés du contrôle des pratiques commerciales pourront désormais accéder aux locaux mixtes (professionnels et à usage d'habitation), aux logiciels et données stockées, opérer sur la voie publique et relever l'identité de la personne contrôlée. Ils disposent du pouvoir d'injonction à faire cesser les pratiques illicites, et peuvent prononcer des amendes sous le contrôle d'un juge administratif. Le paiement de l'amende n'est pas suspensif, comme dans le cas des assignations. L'amende administrative permet une plus grande efficacité de l'action des services de contrôle, qui disposent d'une plus grande maîtrise de la procédure de sanction,

²⁹⁸ Résultats de la DGCCRF, Rapports consultables sur le portail du Ministère de l'économie et des finances : www.economie.gouv.fr

²⁹⁹ JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte 1

renforçant ainsi l'effectivité des règles régissant les activités commerciales. La DGCCRF peut également décider de publier par voie de presse ou non, les amendes administratives qu'elle inflige aux entreprises, une sanction à laquelle ces dernières seraient parfois plus sensibles que la sanction pécuniaire.

342. D'autre part, le renforcement du contrôle se traduit par la création et les actions de structures de consommateurs agréées. Ces structures concernent les Centres européens des consommateurs (CEC) et les associations de consommateurs agréés.

La Commission européenne a donné naissance en 2005 au Réseau des Centres européens des consommateurs. Depuis 2006, tous les États membres disposent d'un centre européen des consommateurs, rattaché à un ministère, ou à une autorité publique ou à un organisme indépendant. Le réseau a pour mission, outre la résolution amiable des litiges, de relayer les réclamations des consommateurs européens sur d'éventuels dysfonctionnements du marché intérieur auprès des instances nationales et européennes. C'est pour cela qu'il publie différents rapports sur différents thèmes dont le commerce électronique.

Les associations des consommateurs se livrent à des initiatives intéressantes, consistant à développer leurs sites et proposer aux internautes de s'y exprimer, encore bien sûr que seul le consommateur assez averti accèdera à de tels sites. Mais, elles pourront contribuer à une contrainte diffuse, notamment par le truchement de contentieux exemplaires dont les associations de consommateurs pourront être les initiatrices. Les associations de consommateurs peuvent agir pour le compte de consommateurs ayant subi un préjudice. Elles informent, assistent et soutiennent les consommateurs. Elles aident les consommateurs à régler les litiges de la vie quotidienne, soit à l'amiable, soit par l'action en justice. Elles peuvent représenter les consommateurs auprès des décideurs publics.

343. En somme, pour lutter contre les fraudes et évasions, il faut renforcer le contrôle. Il existe à cet effet la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui à travers le centre de surveillance du commerce électronique (le CSCE) contrôle le statut professionnel et les activités du cybercommerçant. Il existe en outre d'autres structures telles que les Centres européens des consommateurs (CEC) et les associations de consommateurs agréés qui permettent de lutter contre les fraudes et évasions. C'est dans ce même objectif que le législateur a créé de nouveaux statuts.

B- La création de nouveaux statuts

344. L'application du critère de l'établissement a pour objectif la professionnalisation de tous ceux qui exercent leurs activités sur Internet, et la facilitation de création d'entreprises en France. Pour cela, le critère de l'établissement se trouve appliquer au cybercommerçant, à travers la création de nouveaux statuts que sont le statut d'auto-entrepreneur et l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Ces statuts ne sont pas spécifiques au cybercommerçant.

345. Le premier statut créé par le législateur afin de permettre à toute personne désireuse de créer une activité, notamment commerciale, de pouvoir le faire aisément, est le statut d'auto-entrepreneur³⁰⁰. Le statut d'auto-entrepreneur³⁰¹ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a remporté un vif succès auprès des français. Plus de 320 000 personnes ont pu devenir en 2009 des auto-entrepreneurs. Un tiers des cybercommerçants sont des auto-entrepreneurs et 60% exercent cette activité à titre principal³⁰². L'activité peut être exercée à titre principal ou à titre complémentaire. Le statut d'auto-entrepreneur d'une part, permet de lutter contre le paracommercialisme en favorisant la création régulière d'entreprise à travers des charges allégées. Il permet d'autre part, de lutter contre le contournement des restrictions légales visant l'accès à la profession en autorisant des personnes frappées par l'incompatibilité à créer une entreprise en France.

Les mesures de lutte contre le paracommercialisme proposées par le statut d'auto-entrepreneur sont la simplification des formalités administratives et l'allègement des charges sociales, fiscales et administratives. Le régime d'auto-entrepreneur permet d'anticiper le paiement des charges fiscales et sociales à partir d'un taux forfaitaire sur le chiffre d'affaires. Le statut de l'auto-entrepreneur se traduit par des versements de cotisations sociales et d'impositions fiscales simplifiées et libératoires. Mais, il s'accompagne également, de façon juridiquement originale, par une dispense d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés³⁰³. La dispense d'immatriculation permet d'économiser le droit fixe

³⁰⁰ La loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, JORF n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471

³⁰¹ Le statut d'auto-entrepreneur et le dispositif simplifié qui le caractérise, s'adressent aux personnes physiques qui ont opté pour le régime dit du « micro-fiscal », c'est-à-dire à celles qui réalisent un chiffre d'affaires ne dépassant pas 81 500 euros pour les activités d'achats, reventes à consommer sur place et prestations d'hébergement, et ne dépassant pas 32 600 euros pour les activités de prestations de services pour l'année civile 2012

³⁰² Le Forum des droits sur l'internet, Rapport d'activité 2009, in La documentation française, Paris 2010, p. 101 ; ce rapport reprend les chiffres donnés par le ministre Hervé NOVELLI lors de la conférence de presse de la FEVAD pour le bilan du e-commerce, le 2 février 2010

³⁰³ Jacques MESTRE et Marie-Ève PANCRAZI, Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international, 28^e éd. L.G.D.J., 2009, n° 258-1

d'immatriculation, ainsi que le coût de la taxe additionnelle annuelle destinée au financement des chambres de commerce et d'industrie.

Cette dispense d'immatriculation fait en revanche perdre les avantages de l'immatriculation. L'auto-entrepreneur non-immatriculé n'est ni électeur, ni éligible aux chambres consulaires. Et il perd le bénéfice du régime des baux commerciaux. Cet inconvénient ne devrait pas se présenter trop fréquemment, le statut d'auto-entrepreneur étant conçu pour des activités complémentaires avec des critères de seuil de chiffre d'affaires peu compatible avec la charge d'un loyer³⁰⁴. Il a l'obligation de déclarer son activité au centre de formalités des entreprises.

La déclaration d'activité ne peut être assimilée à une immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Le choix de la dispense d'immatriculation repose sur la volonté de simplifier les démarches relatives à la création d'entreprise et avec elles, d'alléger les charges financières liées à l'immatriculation. Mais, l'économie ainsi réalisée conduit à donner naissance à un auto-entrepreneur, qui sans pouvoir être assimilé à un commerçant de fait, ne peut davantage prétendre à la pleine commercialité, c'est-à-dire bénéficier de tous les droits inhérents à la qualité de commerçant immatriculé³⁰⁵. Toutefois, il a la possibilité de renoncer à la dispense d'immatriculation en se faisant immatriculer.

Le statut d'auto-entrepreneur vise à réduire les restrictions légales visant l'accès à la profession. Il touche particulièrement l'incompatibilité des fonctionnaires en leur permettant de créer une entreprise en France. Les fonctionnaires sont soumis à une règle³⁰⁶ leur interdisant d'exercer une activité privée lucrative pour préserver le fonctionnement normal du service public. Mais des dérogations à cette règle sont apparues : d'abord la Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique³⁰⁷ et ensuite, la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, avec le statut d'auto-entrepreneur. L'instauration du statut d'auto-entrepreneur a donc élargi les opportunités offertes aux fonctionnaires dans le champ de la création de l'entreprise. Désormais sous certaines conditions, qu'il soit titulaire ou contractuel, le fonctionnaire peut devenir auto-entrepreneur dans l'un des secteurs d'activités suivants : expertise ou consultation, enseignement ou formation, travaux de faible importance effectués chez des particuliers. Témoin de l'intérêt suscité par le statut d'auto-entrepreneur auprès des fonctionnaires, sa création a conduit à une forte progression des demandes de cumul, d'après le rapport d'activité 2009 de la

³⁰⁴ Dorothée GALLOIS-COCHET, Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME, JCP E 2009, n° 1407

³⁰⁵ Laure NURIT-PONTIER, Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risque, D. 2009, p. 585-589, spéc. p. 589

³⁰⁶ Le principe est énoncé dans la Loi du 13 juillet 1983 qui dispose : « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ».

³⁰⁷ JORF n° 31 du 6 févr. 2007, p. 2160, texte n° 2

Commission de déontologie, rendu public en juillet 2010³⁰⁸. C'est pour cela que le Décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011³⁰⁹ a élargi la liste des activités que les fonctionnaires sont autorisés à exercer en cumul de leur fonction. Cet élargissement a pour but de leur permettre de créer une entreprise sous le régime de l'auto-entrepreneur dans de nouveaux secteurs comme les services à la personne, la vente de biens fabriqués personnellement par l'agent.

Concernant les professions libérales, le cumul est possible pour les professions libérales non réglementées (les consultants, formateurs, attachés de presse, etc.) qui peuvent devenir auto-entrepreneur. Cependant il ne peut y avoir de cumul concernant les professions libérales réglementées, c'est-à-dire celles qui dépendent d'un ordre ou d'un conseil supérieur (avocat, médecin, notaire, expert-comptable, etc.).

346. Le deuxième statut créé dans le but de lutter contre le paracommercialisme et l'évasion commerciale, est l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. La mesure vise à faciliter la création d'entreprises en France, en limitant les risques. Lorsque le commerçant exerce son activité à titre individuel, il dispose dans son patrimoine du fonds de commerce qui regroupe tous les biens affectés à l'entreprise à l'exception de l'immeuble et des contrats. Il en résulte que tout son patrimoine, biens personnels y compris, répond de ses dettes professionnelles. Les risques sont énormes pour le commerçant qui engage tout son patrimoine. C'est pour cela que certains acteurs pour se soustraire illicitement à de tels risques, exercent leurs activités sur Internet sans se déclarer, ou simplement s'installent dans d'autres pays en orientant leurs activités sur le territoire français. Ils ne se déclarent pas ou s'expatrient parce qu'ils ont peur d'engager la totalité de leur patrimoine.

Aujourd'hui, le législateur offre des techniques permettant de limiter ce risque, ce qui doit favoriser le choix de la structure individuelle et l'installation en France. La loi Novelli du 15 juin 2010³¹⁰ introduit un nouveau statut : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Cette loi vise à promouvoir la création et le développement des entreprises en préservant le patrimoine privé des menaces inhérentes au patrimoine professionnel. Le mécanisme retenu est le patrimoine d'affectation³¹¹.

Il s'agit pour l'entrepreneur d'affecter à une activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d'une personne morale. Ce patrimoine est composé de

³⁰⁸ Rapport disponible sur le site www.fonction-publique.gouv.fr

³⁰⁹ JORF n° 18 du 22 janv. 2011, texte n° 29

³¹⁰ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n° 0137 du 16 juin 2010, p. 10984, texte n° 1. Le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est régi par les articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code de commerce.

³¹¹ Jean PRIEUR et Didier COIFFARD, Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL, JCP N, n° 51-52, 24 déc. 2010, p. 68

l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle. La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration effectuée au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer, à défaut à un registre tenu au greffe du tribunal de commerce. Cette déclaration comporte nécessairement un état descriptif de l'ensemble des biens affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur, ainsi que la mention de l'objet de l'activité professionnelle³¹².

347. En définitive, le caractère général des textes permet d'incorporer le cybercommerçant dans ces nouveaux statuts professionnels. En créant ces différents statuts, le législateur renforce l'attractivité de l'entreprise individuelle. Il facilite de ce fait l'installation des professionnels en France et permet de conserver sur le territoire ceux qui désirent délocaliser. Ces statuts s'adressent à tous les professionnels. Ainsi, le cybercommerçant, comme tout professionnel, peut opter pour ces statuts. Les remèdes proposés permettent aussi de contrôler particulièrement le statut professionnel à travers le renforcement des actions des structures telles que la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), le Centre européen des consommateurs (CEC) et les associations des consommateurs agréées. Il existe d'autres remèdes émanant du critère de la direction de l'activité qui permettent de contrôler l'activité.

II- Le contrôle de l'activité par le critère de la direction de l'activité

348. Le contrôle de l'activité est nécessaire pour mettre fin aux distorsions de concurrence engendrées par la fraude et l'évasion. La solution nécessite d'avoir recours au critère de la direction de l'activité. Ici, ce critère n'est pas utilisé pour déterminer la compétence de la juridiction et de la législation. Il est plutôt utilisé pour apporter des correctifs à la législation existante afin d'éviter des distorsions de concurrence. Appliquer le critère de la direction de l'activité revient à rendre effectif le fait que toute personne exerçant son activité en visant le public français doit respecter les conditions imposées par la législation française pour l'exercice de cette activité. Il faut donc appliquer la loi française,

³¹²Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Edith BLARY-CLEMENT, Droit commercial : activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 10^e éd. Montchrestien 2010, n° 311, p. 152

toutefois le problème de l'effectivité et donc du contrôle peut se poser. La solution consiste soit à fournir plus de moyens pour le contrôle et à renforcer les sanctions, soit à harmoniser la législation.

Il s'agit d'une part, au niveau des règles commerciales, d'autoriser certaines activités du commerce traditionnel interdites sur Internet, et d'ouvrir à la concurrence des activités bénéficiant d'un monopole. Il est à noter que ces activités sont autorisées sur Internet dans les autres pays membres de l'Union européenne. Les cybercommerçants n'iront donc pas s'installer à l'étranger pour orienter leurs activités sur le marché français. Ces activités n'étant plus illicites, les cybercommerçants français pourront avoir accès au marché français et aux autres marchés au sein de l'Union européenne. Il s'agit d'autre part, au niveau de la fiscalité de tenir compte du lieu où se trouve le consommateur pour adapter les règles relatives à la territorialité et au taux de la TVA. Cela permettra d'éviter la fraude et l'évasion fiscale.

La lutte contre les distorsions de concurrence impose d'avoir recours au critère de la direction de l'activité dans le but d'apporter des correctifs à la législation existante. Il s'agit tant des règles commerciales (A) que des règles fiscales (B).

A- Les règles commerciales

349. Le problème qui se pose est que dans le domaine des activités réglementées dans le commerce traditionnel, certaines sont interdites exclusivement sur Internet. Les cybercommerçants français ne peuvent pas exercer ces activités. Toutefois, Internet offre aux consommateurs français la possibilité d'acheter ces produits, auprès des sites étrangers. C'est bien le propre d'Internet que de créer un espace sans frontières. Le constat est que le problème de qualification est juridiquement plus délicat lorsque l'activité est parfaitement licite au regard du droit national du cybercommerçant étranger, mais est considérée comme illicite par les législations des pays vers lesquels il dirige ses activités, et en l'occurrence la France. Or, cette situation est appelée à se présenter plus fréquemment qu'on pourrait le croire car, dans ce domaine de la commercialisation de ces produits réglementés, les règles ne sont pas harmonisées. Face à la fraude et à l'évasion, une harmonisation des législations en vigueur s'impose. Il revient à chaque pays l'initiative d'autoriser les activités réglementées dans le commerce traditionnel mais interdites dans le commerce électronique et d'ouvrir à la concurrence les activités bénéficiant d'un monopole. Cette possibilité a trouvé application dans la commercialisation sur Internet des médicaments d'une part, et d'autre part, des paris et jeux d'argent.

350. Le commerce en ligne de médicaments³¹³ entre fournisseur et distributeur est parfaitement licite et se pratique couramment. Il est tout à fait licite d'approvisionner l'officine en médicaments et en d'autres produits en utilisant Internet. Mais, s'agissant de la vente en ligne de médicaments aux consommateurs, elle a été toujours interdite en France³¹⁴. Dès lors qu'il existe des contraintes réglementaires et déontologiques qui rendent difficile la mise en œuvre de la vente de médicaments sur Internet, on ne peut en déduire une véritable autorisation de principe en France³¹⁵. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt Doc Morris du 11 décembre 2003³¹⁶, suite à une question préjudicielle, a admis la vente en ligne de médicaments tout en excluant les médicaments soumis à prescription médicale. L'offre et la vente de médicaments en ligne se sont développées dans plusieurs pays européens, indépendamment de l'adoption d'un cadre réglementaire européen précis mais sur le fondement de la jurisprudence Doc Morris qui autorise la vente à distance des médicaments non soumis à prescription médicale. Les français peuvent se tourner vers des officines autorisées à exercer sur le territoire européen pour trouver des médicaments en ligne. Plus de 16 pays européens ont autorisé le commerce électronique de médicaments³¹⁷. Les sites belges, allemands et autres livrent aux consommateurs français des médicaments en toute légalité. En terme de protection du consommateur, le plus grand danger provient certainement de ces centaines de sites étrangers, souvent soumis à des législations moins contraignantes, et qui permettent de se procurer librement des médicaments qui sont soit contrefaits soit non autorisés en France. Nous assistons à la vente illicite de médicaments et, ce en l'absence de toutes prescriptions médicales et à des prix inférieurs à ceux des pharmaciens français³¹⁸. En France, en 2010, un milliard d'euros de médicaments contrefaits a été acheté sur Internet (sur 10 milliard en Europe). Par ailleurs, les saisies douanières de médicaments contrefaits en

³¹³ Le médicament est défini par l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique comme « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique ... »

³¹⁴ Anne LAUDE, L'e-commerce des produits de santé : dimension internet, Gaz. Pal. Rec. Mars-avril 2002, p. 529-533

³¹⁵ Thibault VERBIEST et Patrick CUIGNET, Vers une évolution de la législation française sur la vente de médicaments en ligne, 26 avr. 2010, disponible sur le site www.droit-technologie.org

³¹⁶ CJCE, 11 déc. 2003, aff. C-322/01, Deutscher Apothekerverband eV c/ 0800 Doc Morris NV, disponible aussi sur le site www.droit-technologie.org ; Etienne WERY, La Cour européenne de justice règle le sort des pharmacies en ligne, 1^{er} mars 2004, disponible sur le site www.droit-technologie.org

³¹⁷ En Angleterre, en Allemagne, en Autriche, tous les médicaments avec ou sans ordonnance sont autorisés à la vente en ligne. L'Italie, la Belgique, la Pologne, et d'autres pays autorisent uniquement la vente en ligne des médicaments non soumis à prescription médicale : Source LNP – n° 399, jeudi 22 avril 2010

³¹⁸ En droit français, ces agissements sont pénalement sanctionnés, qu'il s'agisse d'une atteinte au monopole pharmaceutique, de la délivrance d'un médicament non autorisé ou de la délivrance d'un médicament sans prescription médicale aux termes des articles L. 5421-2, L. 5432-1 et L. 4223-1 du Code de la santé publique

France ont été multipliées par 3 entre 2011 et 2012. Ces médicaments contrefaits sont achetés sur des sites russes, britanniques, américains, asiatiques, etc.³¹⁹.

351. Afin de prévenir les ventes illicites de médicaments et d'encadrer le flux croissant de ces produits au sein de l'Union européenne, le Forum des droits sur Internet a émis le 30 juin 2008 une recommandation importante intitulée « Commerce en ligne et produits de santé »³²⁰. Ce texte vise notamment à organiser la conciliation entre ce nouveau mode immatériel de commerce des médicaments et les obligations réglementaires régissant la profession officinale qui dispose du monopole de dispensation de médicaments³²¹. A ce titre, la recommandation conseille aux pays membres d'autoriser la vente en ligne de médicaments tout en excluant du périmètre des produits vendus en ligne les médicaments soumis à prescription médicale obligatoire³²².

La vente illégale au public via Internet de médicaments falsifiés représente une menace majeure pour la santé publique, étant donné que ces médicaments falsifiés peuvent être distribués au public de cette manière. Il était donc nécessaire de répondre à cette menace à travers la Directive n° 2011/62/UE du 8 juin 2011 modifiant la Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés³²³. La Directive n° 2011/62/UE du 8 juin 2011 imposait aux États membres de légiférer sur la vente en ligne de médicaments avant le 1^{er} janvier 2013.

La position de la France qui se faisait attendre pour réglementer le commerce en ligne de médicaments n'était donc pas tenable au regard du droit européen et des réglementations des pays limitrophes³²⁴. Il fallait donc autoriser et encadrer le commerce en ligne de médicaments. La France a donc ouvert son marché à la vente en ligne de médicaments par l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012³²⁵, le Décret n° 2012-1562 du 31 décembre 2012³²⁶, et l'Arrêté du 23 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par

³¹⁹ Source : www.pfiser.fr : Communiqué de presse du laboratoire pharmaceutique Pfiser le 16 févr. 2010

³²⁰ Recommandation du Forum des droits sur Internet : « Commerce en ligne et produits de santé » du 30 juin 2008, publié le 3 juillet 2008 sur le site www.foruminternet.org

³²¹ CJCE, 21 mars 1991, aff. C-369/88, Delattre : Rec. CJCE 1991, I, p. 1487 ; Cass. crim., 25 mai 1994, Bull. crim., n° 202 ; Cass. crim., 5 sept. 2000, Bull. crim., n° 261 : Le monopole dont bénéficient les pharmaciens dans certains États membres en matière de distribution de médicaments au public a été jugé conforme au droit européen.

³²² Cécile LE GAL, Médicaments en ligne, JCP E, n° 6, 5 févr. 2009, p. 27

³²³ JOUE L 174/74 du 1^{er} juillet 2011

³²⁴ Cathie-Rosalie JOLY, Les pharmaciens pourront vendre des médicaments sur Internet, 9 janv. 2013, sur le site www.droit-technologie.org

³²⁵ JORF n° 0297 du 21 décembre 2012, p. 20182, texte n° 11

³²⁶ JORF, n° 0001 du 1^{er} janv. 2013, p. 74, texte n° 22

voie électronique³²⁷ et la Loi n° 2014-201 du 24 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la santé³²⁸. Ces textes prennent le soin de souligner que seuls les pharmaciens possédant une officine physique peuvent faire le commerce électronique de médicaments non soumis à prescription médicale. Le commerce électronique de médicaments est défini par l'article L. 6125-33 du Code de la santé publique comme « *l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain, et à cet effet, fournit des informations de santé en ligne. L'activité de commerce électronique est réalisée à partir d'une officine de pharmacie* ».

Toutefois, des difficultés demeurent. En effet, chaque site devant être le prolongement d'une pharmacie physique, des sites illégaux basés en Espagne, en Belgique ou en Russie, utilisent des noms de pharmacies françaises tombées dans le domaine public ou récupèrent des noms de domaine abandonnés créés par de vrais pharmaciens d'officine, avec la langue, les couleurs et le logo de la République française pour se faire passer pour des officines françaises. Ils donnent de ce fait l'illusion de sites agréés par l'Agence régionale de santé (ARS). Ils concentrent la plupart du temps leurs activités sur la vente de stimulants sexuels. Ainsi, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a déposé en août 2013 une plainte contre certains de ces sites³²⁹. Pour identifier les sites autorisés, l'internaute est invité à consulter la liste sur le site de l'Ordre national des pharmaciens ou sur celui du ministère de la santé.

352. Pour lutter contre la fraude et l'évasion, il faut ouvrir à la concurrence certaines activités qui bénéficient d'un monopole. C'est le cas des paris et jeux d'argent. Des milliers de sites offrant des jeux contre argent sont accessibles sur Internet. L'internaute français peut participer à des jeux en ligne, qu'ils soient à caractère promotionnel ou plus traditionnel, tels que les loteries, les paris, le poker, etc. Or les jeux de hasard, c'est-à-dire les jeux dans lesquels la chance prédomine sur l'adresse et les combinaisons de l'intelligence, sont sévèrement encadrés en France par la Loi n° 2007-297 du 12 juillet 2007 relative à la

³²⁷ JORF n° 0144 du 23 juin 2013, p. 10446, texte n° 5

³²⁸ Loi n° 2014-201 du 24 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la santé, JORF n° 0047 du 25 février 2014, p. 3250, texte n° 4 : Cette loi intervient à la suite de la décision du 17 juillet 2013 du Conseil d'État qui a annulé pour excès de pouvoir l'article L. 5125-34 du Code de la santé publique qui disposait que « *Seuls peuvent faire l'objet de l'activité de commerce électronique les médicaments de médication officinale qui peuvent être présentés en accès direct au public en officine, ayant obtenu l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à l'article L. 5121-8 ou un des enregistrements mentionnés aux articles L. 5121-13 et L. 5121-14-1* »

³²⁹ Le Parisien, Premières arnaques aux médicaments en ligne, 7 août 2013, disponible sur le site www.leparisien.fr ; Le monde, Vente de médicaments en ligne : un lancement dans la confusion, 26 août 2013, disponible sur le site www.lemonde.fr ; Le point, Vente de médicaments en ligne : 11 sites déjà visés par une plainte, 07 août 2013, disponible sur le site www.lepoint.fr

prévention de la délinquance³³⁰ qui a introduit un article L. 565-2 dans le Code monétaire et financier. Le cybercommerçant installé en France, compte tenu de l'interdiction due au monopole, préfère ne pas déclarer son activité. En outre, si beaucoup de pays disposent également d'une réglementation restrictive, d'autres ont adopté une approche libérale, encourageant le développement de cette activité, favorisant de ce fait la délocalisation des sites de jeux d'argent vers ces pays, tout en orientant leurs activités vers la France. Les opérateurs de jeux en ligne sont autorisés, depuis plusieurs années, à exercer leurs activités dans d'autres États membres comme le Royaume Uni et Malte ; ce n'était pas le cas en France. Les paris et jeux d'argent en ligne étaient en effet prohibés et pénalement sanctionnés³³¹. La France a longtemps tenté d'expliquer que le monopole était justifié par plusieurs raisons impérieuses, telles que la lutte contre la dépendance, le contrôle des flux financiers et la lutte contre le blanchiment et le caractère social des finalités des bénéfices des loteries. Ces arguments, avancés quasiment systématiquement par les gouvernements dans le cadre des procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne, étaient fréquemment écartés ou amoindris, voire ignorés³³².

Cependant l'essor actuel, dont les jeux d'argent et paris en ligne font l'objet, a incité le législateur français à profiter de ce contexte économique propice et à respecter par là-même les apports découlant de la jurisprudence européenne en la matière. En effet, il s'avérerait plus opportun d'encadrer légalement ce genre de pratiques plutôt que de laisser se développer un marché illicite³³³. Devant tant de pressions, la France a décidé d'ouvrir son marché, à travers la Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne³³⁴. Le texte repose sur un système d'autorisation d'opérateurs, encadré par de lourdes sanctions pénales. Toutefois, loin de constituer une ouverture totale à la concurrence, la loi française sur les jeux d'argent et de hasard en ligne, ne fait que libéraliser certaines activités par le biais d'Internet. Ne seront ainsi visés par cette loi, que les paris hippiques, les paris sportifs et les jeux où interviennent plusieurs joueurs faisant appel à leur savoir-faire. Jeux de hasard, machines à sous, loteries sont donc exclus de cette loi. En outre, cette ouverture partielle est conditionnée au respect de l'ordre public, de la sécurité publique, et la protection de la santé et des mineurs. L'agrément

³³⁰ JORF n° 0056 du 7 mars 2007, p. 4297, texte n° 1

³³¹ En France, la bataille contre les jeux et paris en ligne a commencé en 2004. L'affaire Zeturf a connu plusieurs rebondissements. Après avoir condamné en première et deuxième instance pour violation du monopole du PMU, Zeturf a vu la décision de la cour d'appel rejetée par la Cour de cassation qui a renvoyé l'affaire une nouvelle cour. Plus récemment, de nombreuses procédures pénales ont été lancées contre des dirigeants de casinos ou paris en ligne, notamment ceux de Bwin ou d'Unibet

³³² Alexandre DIEHL, L'ouverture du marché des jeux et paris : rien ne va plus..., Expertises oct. 2009, doctr., p. 333-336

³³³ Éric CAPRIOLI, Paris en ligne, Comm. com. électr. n° 7-8, juillet-août 2010, n° 79, p. 39-43

³³⁴ JO 13 mai 2010, p. 8881

est délivré par une autorité administrative de régulation des jeux en ligne (ARJEL) qui veille au respect des règles et objectifs définis par la loi. L'illustration est donnée dans une décision en date du 12 juillet 2013 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation³³⁵ qui a estimé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel portant sur l'article 61 alinéa 2 de la Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, qui concerne le droit du président de l'ARJEL de solliciter la justice pour qu'elle ordonne le blocage des sites illégaux de jeux en ligne.

353. En somme, pour lutter contre les distorsions de concurrence en matière commerciale, il faut autoriser l'exercice de certaines activités qui sont interdites sur Internet ou qui bénéficient d'un monopole. C'est sous l'influence du critère de la direction de l'activité des cybercommerçants étrangers sur le marché européen et français en particulier, que la France a été amenée à autoriser la commercialisation sur Internet de ces produits. Il est désormais permis de commercialiser les médicaments soumis à prescription médicale et, les paris et jeux d'argent sous certaines conditions, comme cela est fait dans les autres pays européens. Cela permet aussi aux cybercommerçants de s'installer en toute régularité en France, et d'étendre leurs activités à l'échelle européenne et mondiale. L'harmonisation des législations, admise grâce au critère de la direction de l'activité, peut être une solution aux fraudes et évasions commerciales. Ce critère de la direction de l'activité a influencé aussi les règles fiscales.

B- Les règles fiscales

354. Pour contrôler l'activité du cybercommerçant, il faut avoir recours au critère de la direction de l'activité. La logique de ce critère se fonde sur le marché auquel le cybercommerçant s'adresse, indépendamment de sa présence physique. Le cybercommerçant déploie son activité sur un marché pour satisfaire les besoins du consommateur. Le contribuable visé reste *in fine* le consommateur. La solution consiste en la prise en compte de la TVA du lieu de résidence du consommateur. En outre, la direction de l'activité suppose une imposition identique, dans ses modalités et ses taux, quel que soit la forme de commerce, afin de parvenir à des niveaux d'imposition similaires sur un marché donné. Il faut respecter le

³³⁵ Cass. com., 12 juill. 2013, Darty Télécom c/ ARJEL, arrêt disponible sur Legalis.net

principe de neutralité en matière de taux pour préserver les entreprises de presse et du livre contre la faillite d'où l'harmonisation des taux. Cela consiste en l'application d'un même taux de TVA sur le marché, indépendamment du support utilisé. Ces moyens peuvent être des solutions aux fraudes et évasions fiscales.

355. Dans un premier temps, le remède aux problèmes de fraude et d'évasion fiscales peut être l'application du taux de TVA du lieu de consommation. La TVA étant un impôt sur la consommation, les règles de territorialité doivent conduire à attribuer le produit de la taxe à l'État de la consommation. Or les règles élaborées pour certaines opérations se sont avérées insuffisantes pour atteindre cet objectif. La précédente règle de taxation au domicile du prestataire favorisait l'évasion et la fraude fiscales. Ces règles aboutissaient de ce fait à des distorsions de concurrence. Les fournisseurs de services de télécommunication, de radiodiffusion, de télévision et de services par voie électronique à des particuliers sont incités à s'établir dans les États membres dont les taux sont les plus faibles, car ces services étaient taxés au lieu d'établissement du prestataire, indépendamment du lieu de leur consommation par le client.

Alors, pour mettre fin à ce « *forum shopping* » au sein même de l'Union européenne, un accord pour une imposition dans l'État de résidence du consommateur a été obtenu. Cependant, le système actuel de taxation dans l'État de résidence du prestataire est maintenu jusqu'au 1^{er} janvier 2015. Ensuite, pour les années 2015-2016, l'État de résidence du prestataire percevra encore 30% de la TVA, puis 15% en 2017 et 2018. Cet accord a été formalisé par la Directive n° 2008/8/CE³³⁶ modifiant la Directive n° 2006/112/CE en ce qui concerne le lieu des prestations de services.

La transposition de cette directive dans la loi française a été effectuée par l'article 102 de la loi de finance pour 2010. Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 2015 pour les services électroniques, mais également les services de télécommunication, de radiodiffusion et de télévision fournis à des preneurs non assujettis, la taxation s'opérera au lieu d'établissement du preneur³³⁷. Cette règle fiscale qui met en œuvre le critère de la direction de l'activité ne concerne pas uniquement l'activité du cybercommerçant. Elle s'applique aussi aux services de télécommunication, de radiodiffusion et de télévision. La disposition fiscale dérogatoire n'est donc pas spécifique au cybercommerçant.

³³⁶ Directive n° 2008/8/CE du Conseil du 12 février 2008 modifiant la directive n° 2006/112/CE en ce qui concerne le lieu des prestations de services, JOUE 20 févr. 2008, L 44/11 à L 44/22

³³⁷ Hervé KRUGER, Les nouveaux défis du droit fiscal : la fiscalité du téléchargement, in Les nouveaux défis du commerce électronique, (dir. Judith FOCHFELD), LGDJ 2010, p. 175-188, spéc. p. 188

356. Dans un deuxième temps, l'une des solutions au problème de fraude et d'évasion fiscales est l'harmonisation des taux de TVA. On serait attentif au fait que les services en ligne supportent le taux de TVA le plus élevé dans chaque pays alors que les publications sous forme papier et les services culturels bénéficient généralement de mesures de faveur. La qualification de prestation de service n'est pas toujours la plus avantageuse, notamment lorsqu'un taux réduit est prévu par la loi pour les livraisons de certains biens. Les éditeurs de journaux et périodiques sous forme électronique, auxquels l'administration refuse d'étendre le taux réduit de TVA, sont particulièrement touchés par cette discrimination. Ce régime institue une discrimination entre deux modes de distribution et porte donc atteinte au principe de neutralité fiscale³³⁸. Le même contenu sur un support différent devrait être taxé de la même manière par souci de neutralité des règles fiscales, qui impose la neutralité technologique.

En premier lieu, L'achat d'un livre ou d'un journal qui se faisait dans la librairie ou dans une grande surface spécialisée ou dans un kiosque, peut désormais se faire par Internet et livré à domicile (13% des ventes de livres s'effectuent par le biais d'Internet). En second lieu, le livre physique et les journaux papiers se voient concurrencés par l'émergence d'un nouveau support : le numérique³³⁹. Cette concurrence est soutenue aussi par le développement des liseuses électroniques d'ouvrages numériques, et les tablettes désormais disponibles (Reader de Sony, Kindle d'Amazon, la tablette iPad)³⁴⁰ d'une part et d'autre part, par les efforts de numérisation d'ouvrages opérée par Google, et son initiative de soutenir financièrement et techniquement les entreprises de presse et de livres à accéder au numérique. Les éditeurs de presse bénéficient du fonds d'aide au développement des services de presse en ligne. Cela permet aujourd'hui de faire le constat de la vente par les éditeurs traditionnels de journaux électroniques. Il en est de même pour les livres, avec les livres numériques. Les éditeurs de presse, de livres et les librairies se positionnent sur le marché de la vente en ligne.

Toutefois, le taux de la TVA est différent lorsque l'entreprise fournit le même contenu en utilisant des supports différents : 5,5% pour les livres et 2,1% pour les journaux³⁴¹. Les

³³⁸ Frédéric HUET, La fiscalité du commerce électronique, précité, n° 359 et s., p. 179 et s.

³³⁹ Assemblée nationale, Commission des affaires culturelles et de l'éducation, Avis n° 252 tome VI : « médias, livres et industries culturelles », sur le projet de loi de finances pour 2013, (présenté par Michel FRANÇAIX), 10 oct. 2012, disponible sur le site www.assemblee-nationale.fr

³⁴⁰ La liseuse permet la lecture et le stockage de milliers de livres et de magazines, la tablette permet d'accéder à une palette d'activités en ligne contrairement à la liseuse.

³⁴¹ En droit de l'Union européenne, la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée prévoit un taux normal, qui ne peut être inférieur à 15% et la faculté pour les États membres de fixer un ou deux taux réduits, qui ne peuvent être inférieurs à 5% (articles 98 et 99). Aux termes de l'article 110, « les États membres qui au 1^{er} janvier 1991, (...) appliquaient des taux réduits inférieurs au minimum fixé à l'article 99 peuvent continuer à les appliquer ». C'est le cas pour la France qui a conservé la faculté de maintenir les taux de 2,1% et 5,5%.

téléchargements de logiciel, de film, de vidéo, de musique demeurent au taux normal comme dans le commerce traditionnel. Toutefois, les livres et journaux électroniques ne bénéficient pas des taux réduits, mais plutôt du taux normal de 20%. La raison évoquée qui soutient cette discrimination est la suivante : pour ne pas précipiter le déclin de la presse et des livres traditionnels, il faut accorder des avantages fiscaux à travers le taux réduit au détriment de la presse et du livre numériques. Cette faveur est inscrite très clairement dans la législation européenne : « *les taux réduits ne sont pas applicables aux services fournis par voie électronique* »³⁴².

Le contenu numérique peut être traité différemment selon qu'il sera téléchargé ou fourni sur un support informatique physique quelconque. C'est pourtant la distinction qu'il faut désormais opérer, le partage entre le taux réduit et le taux normal passant par la distinction entre support physique et téléchargement³⁴³. La preuve de cette distinction est donnée par le livre audio. En effet, la fourniture de livres audio qui sont des ouvrages dont la lecture à haute voix a été enregistrée sur un disque compact (CD), un cédérom (CD-ROM) ou tout autre support physique similaire et dont le contenu reproduit, pour l'essentiel la même information textuelle que celle contenue dans les livres imprimés, bénéficie du taux réduit de TVA. Soutenant cette distinction, l'administration fiscale française a affirmé clairement que « *le téléchargement de livres par fichiers numériques, qui constitue une prestation de service par voie électronique, demeure soumis au taux normal de la taxe, conformément au droit communautaire* »³⁴⁴.

357. Conformément à l'article 98 paragraphe 2 alinéa 1, de la Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de TVA, les États membres peuvent seulement appliquer un taux de TVA réduit pour les livraisons de biens et les prestations de service énumérés dans une liste limitative reprise à l'annexe III de cette directive. La Directive 2009/47/CE du Conseil du 5 mai 2009 a adapté les termes de cette annexe III, et entre autre sa catégorie 6, de sorte que peut être soumise au taux réduit de TVA, « *la fourniture de livres sur tout type de support physique, de journaux et périodiques, à l'exclusion du matériel consacré entièrement ou d'une manière prédominante à la publicité* ». Les États membres peuvent appliquer un taux réduit de TVA non seulement pour la livraison de livres sur support papier, mais aussi pour la livraison de livres sur tout type de

³⁴² Modification de l'article 98 paragraphe 2 de la Directive n° 2006/112/CE, par la Directive n° 2008/8/CE JOUE 20 févr. 2008, L 44/11 à L 44/22

³⁴³ Hervé KRUGER, Les nouveaux défis du droit fiscal : la fiscalité du téléchargement, in Les nouveaux défis du commerce électronique, (dir. Judith FOCHFELD), LGDJ 2010, précité, p. 179 et s.

³⁴⁴ Rescrit fiscal n° 2009/48 TCA du 15 sept. 2009, et Lettre DLF du 23 sept. 2009, Feuillet rapide F. Lefebvre FR 36/09 du 25 sept. 2009

support, comme CD et CD-ROM. Par contre, à l'alinéa 2, paragraphe 2 de l'article 98, sont expressément exclus de l'application des taux réduits les services visés à l'article 56, paragraphe 1, point k, de la même directive. Il s'agit des services fournis par voie électronique qui sont énumérés à l'annexe II de cette directive. C'est notamment le cas pour le contenu numérisé de livres téléchargés et autres publications électroniques. Seule une modification de l'article 98 paragraphe 2 alinéa 2, de la Directive 2006/112/CE ouvrirait la possibilité d'appliquer un taux réduit de TVA aux livres électroniques et produits similaires.

358. La différence de taux risque de précipiter le déclin des éditeurs traditionnels de presse et de livres qui sont engagés dans l'univers numérique. Ceux que l'on veut protéger, tout en les encourageant à utiliser le support numérique, se retrouvent face à deux taux de TVA. Pour éviter cela, il faut harmoniser les taux. A cet effet, il est nécessaire d'adapter la directive TVA. Si certains États comme la France, le Luxembourg, la Suède, les Pays-Bas, l'Italie y sont favorables, d'autres États comme l'Allemagne, le Danemark, le Royaume-Uni, l'Autriche, le Portugal, la Finlande y sont opposés. Il faut de ce fait une décision à l'unanimité des membres de l'Union européenne pour soutenir le principe de neutralité de TVA pour la presse et les livres. Les livres et périodiques électroniques doivent pouvoir bénéficier du taux réduit. Lorsque le contenu est tout à fait identique, la forme de diffusion de ces livres et périodiques ne peut être déterminante du taux de TVA à appliquer. L'introduction de taux réduits permet de faciliter l'accès de tous à certains biens et services. Les taux réduits remplissent de ce fait une fonction de stimulation de certains secteurs économiques³⁴⁵.

³⁴⁵ Daniel GUTMANN, Droit fiscal des affaires, Montchrestien Lextenso éditions, Paris 2012, n° 887 et s., p. 580 et s.

Conclusion du chapitre 1

359. L'intégration du cybercommerçant dans le statut professionnel applicable au commerçant traditionnel permet au cybercommerçant de connaître l'étendue exacte des conditions et obligations liées à l'exercice de l'activité commerciale. Cela garantit la sécurité juridique qui suppose uniformité, clarté, transparence et prévisibilité des règles commerciales et fiscales. S'il s'avérait que les conditions et les obligations liées à la qualité de commerçant étaient beaucoup plus élevées dans le commerce électronique que dans le commerce traditionnel, le développement des activités du cybercommerçant serait sans doute freiné. Une situation inéquitable entraîne l'absence de neutralité.

Cependant, les possibilités facilitées par Internet, de fraudes commerciales et fiscales et d'évasions commerciales et fiscales, amènent au constat que l'équité est rompue. Afin d'éviter une distorsion de concurrence, il faut avoir recours aux critères de l'établissement et de la direction de l'activité. Le critère de l'établissement a été utilisé par le législateur pour créer des statuts professionnels attractifs. Le critère de la direction de l'activité permet l'harmonisation des législations en vue d'encadrer les activités plutôt que de laisser se développer des activités illicites sur le marché.

La neutralité des règles et la lutte contre les distorsions de concurrence permettent d'intégrer le cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants. Cette intégration qui se justifie pour le statut professionnel concerne aussi les instruments de l'activité.

Chapitre 2- Les instruments de l'activité

360. Les instruments de l'activité sont l'ensemble des outils nécessaires à l'exercice de l'activité commerciale. Tout commerçant pour attirer la clientèle possède un espace commercial qui est soit une boutique, un magasin et des signes distinctifs pour l'exercice de son activité. Contrairement au commerçant traditionnel, le cybercommerçant utilise des outils propres à l'environnement numérique. Ces outils sont le site Internet et le nom de domaine. Cela nécessitait d'abord de reconnaître juridiquement ces instruments techniques, et ensuite de leur conférer une dimension commerciale, car ils remplissent les mêmes fonctions que les outils commerciaux traditionnels.

Le cybercommerçant comme le commerçant traditionnel, dispose de moyens pour attirer et conserver la clientèle. Ces moyens sont constitués de tous les outils qui sont affectés à l'exercice de l'activité. Cet ensemble de moyens pourrait donc constituer son fonds de commerce. Il n'y a aucune raison juridique à dénier au cybercommerçant d'avoir une clientèle et de pouvoir bénéficier des outils commerciaux et de la propriété d'un fonds de commerce.

L'activité et les moyens mis en place pour la développer constituent des valeurs : il faut les protéger. Toutefois, il n'existe pas de législation spécifique réglementant le cadre commercial de l'activité du cybercommerçant. En l'absence de règles spécifiques, le droit commun aux commerçants a été sollicité pour régir les instruments de l'activité du cybercommerçant.

Il ressort de cela que l'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants concerne tant les instruments techniques (section 1) que le fonds de commerce (section 2).

Section 1- Les instruments techniques

361. Le cybercommerçant pour exercer ses activités doit avoir au préalable des outils techniques que sont le site Internet et le nom de domaine. En premier lieu, le cybercommerçant utilise les outils techniques que toute personne doit avoir pour s'installer sur Internet. Or, l'installation sur le réseau numérique est appréhendée par le droit, et régie par un ensemble de règles communes et efficaces. En deuxième lieu, le cybercommerçant une fois installé sur Internet, utilise ces outils techniques pour exercer son activité. L'usage que le cybercommerçant fait de ces outils techniques, leur confère une dimension commerciale. L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants passe par la qualification juridique des instruments techniques (Paragraphe 1) et par la reconnaissance juridique de leur dimension commerciale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- La qualification juridique des instruments techniques

362. La nécessité d'appliquer aux instruments techniques du cybercommerçant, une législation spécifique ne se justifie pas à cette étape, car il n'est pas question de faire fonctionner le site Internet. Les problèmes liés à la dématérialisation peuvent se poser lors de l'exploitation du site Internet. Ici, il s'agit simplement pour le cybercommerçant comme tout commerçant de s'installer pour exercer son activité. Cette installation pour le cas du cybercommerçant est commune à celle de tout internaute, et nécessite le site Internet et le nom de domaine. L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants justifie la reconnaissance juridique du nom de domaine (I) et du site Internet (I).

I- Le nom de domaine

363. Le développement croissant des activités sur Internet fait des noms de domaine un outil précieux d'identification, de localisation, de communication et de publicité des entreprises et des particuliers. Il était donc indispensable de mettre en place des règles qui régissent l'acquisition du nom de domaine. Cela a été fait en ce qui concerne le « .eu » pour l'Union européenne par le Règlement n° 733/2002 du 22 avril 2002 et le Règlement n°

874/2004 du 28 avril 2004³⁴⁶, et le « .fr », pour la France à travers l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques et le décret du 6 février 2007³⁴⁷. Toutefois, les textes français ont été critiqués par une partie de la doctrine³⁴⁸ qui a relevé l'imprécision de leur rédaction, surtout le fait qu'ils ne donnent pas suffisamment de garantie aux titulaires des noms de domaine. Ces critiques ont reçu l'assentiment du Conseil constitutionnel qui a déclaré le 6 octobre 2010³⁴⁹, le régime d'attribution et de gestions des noms de domaine français inconstitutionnel³⁵⁰. En effet, l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques, interfère sur les libertés constitutionnelles sans comporter de précisions législatives suffisantes³⁵¹. Il s'est agi d'une remise à plat complète du système législatif et réglementaire d'attribution et de gestion des noms de domaine français³⁵². De nouvelles dispositions ont été créées³⁵³ et sont logées dans le Code des postes et des communications électroniques (les articles L. 45 à L. 45-8) pour répondre aux exigences posées par le Conseil constitutionnel s'agissant du respect des libertés d'entreprendre et de communication avec les droits de propriété intellectuelle. Toutefois, ces nouvelles règles ne sont pas spécifiques au cybercommerçant, elles concernent toute personne qui veut s'installer sur Internet. En outre, la législation française sur le nom de domaine se trouve complétée par les dispositions générales, et porte sur tous les noms de domaine (pas uniquement le « .fr »)

³⁴⁶ Règlement n°733/2002 du 22 avril 2002 concernant la mise en œuvre du domaine de premier niveau .eu, JOUE n° L 113/1 du 30 avril 2002 ; et Règlement n° 874/2004 du 28 avril 2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau .eu et les principes applicables en matière d'enregistrement, JOUE n° L 162/40 du 30 avril 2004

³⁴⁷ Décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le code des postes et des communications électronique, JORF n° 33 du 8 février 2007, p. 2422, texte n° 20

³⁴⁸ Olivier SARDAIN, Le nouveau régime d'attribution des noms de domaine français, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2007, p. 15-20, spéc. p. 20 ; Laure MARINO, Un an du droit des noms de domaine Comm. com. électr. 2008, chron. n° 11 ; Cédric MANARA, Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français, D. 2007, 1740 ; Philippe MOZAS, Internet : l'État fait-il main basse sur le .fr ?, LPA 29 janv. 2008, n° 21, p. 5-11

³⁴⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-45 QPC du 6 oct. 2010

³⁵⁰ Cédric MANARA, « Tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement », ainsi qu'enregistrer et utiliser des noms de domaine !, Dalloz 2010, p. 2285 ; Olivier SARDAIN, Séisme pour le régime juridique des noms de domaine français, Comm. com. électr. n° 1, janv. 2011, p. 11-14

³⁵¹ L'organisme qui gère ces noms de domaine (l'AFNIC) doit exécuter cette mission « *dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle* ». Pour le reste, le législateur laisse le soin au pouvoir réglementaire de décider.

³⁵² Le législateur a transféré ses compétences au pouvoir réglementaire et a méconnu de ce fait, l'étendue de sa compétence quant à la détermination des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Cette incompétence négative ayant un impact sur les droits de propriété intellectuelle et la liberté d'entreprendre, le Conseil conclut donc à l'inconstitutionnalité de l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques. Dès lors, les actes réglementaires pris sur son fondement, à savoir le décret du 6 février 2007 et l'arrêté du 10 février 2010, sont par ricochet, privés de base légale.

³⁵³ Les nouvelles dispositions sont : la Loi n° 2011-302 du 22 mars 2011, portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques (rectificatif), JORF n° 0069 du 23 mars 2011, p. 5186, texte n° 6, Voir article 19 ; le Décret n° 2011-926 du 1er août 2011 relatif à la gestion des domaines de premier niveau de l'internet correspondant aux codes pays du territoire national, JORF n° 0178 du 3 août 2011, p. 13294, texte n° 41 ; et l'ordonnance n° 2014-329 du 14 mars 2014 relative à l'économie numérique, JORF n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5292, texte n° 32.

tant pour la qualification d'adresse technique (A) que pour la protection par le droit d'usage (B).

A- La qualification d'adresse technique

364. Le nom de domaine est une adresse technique qui permet de localiser un site sur le réseau numérique. Il est impératif d'identifier l'entreprise du cybercommerçant comme tout commerçant qui est identifié dans le monde physique. C'est la raison pour laquelle s'est mis en place au niveau mondial un système de « nommage » qui essaie de régler cette question d'identification. Pour qu'un nom de domaine soit visible sur Internet, il suffit que celui-ci soit ajouté à une base de données technique des noms de domaine et distribué par un serveur de noms (DNS). Il existe une base de noms de domaine par type de noms (générique ou géographique), chacune étant gérée de manière centralisée par l'autorité de nommage. Les noms de domaine sont d'abord des créations d'ordre technique qui ont été ensuite intégrées dans la loi, à travers l'élaboration d'un cadre juridique propre. Le nom de domaine est qualifié par la pratique d'adresse technique, cette qualification est reprise par la loi. Ainsi, la loi et le contrat définissent un régime propre du nom de domaine qui loin de s'appliquer exclusivement au cybercommerçant, concerne tous ceux qui veulent s'installer sur Internet.

365. La fonction pratique du nom de domaine est claire : identifier un « lieu » sur le réseau, c'est-à-dire, de fait une machine à laquelle un site peut être rattaché. Le nom de domaine remplit alors la même fonction que toute adresse. L'adresse est « *l'indication du domicile d'une personne* »³⁵⁴. Le cybercommerçant, comme le commerçant traditionnel ou toute personne, possède une adresse, à la seule différence que l'adresse du cybercommerçant permet de désigner un lieu virtuel.

Chaque ordinateur connecté à Internet est individualisé sur le réseau par une adresse dite IP (Internet Protocol). Il s'agit d'une suite de chiffres, que l'on écrit par quatre nombres (tous inférieurs à 256) séparés par des points. Ce sont ces adresses que connaissent les ordinateurs qui communiquent entre eux. Mais pour faciliter la mémorisation et assurer une meilleure convivialité, l'option fut prise de remplacer ces chiffres par des lettres selon un système organisé, d'où l'apparition des noms de domaine. Le système des noms de domaine permet essentiellement la correspondance entre ces adresses connues des machines et des

³⁵⁴ Dictionnaire Le petit Robert 2014, Voir adresse

compositions alphanumériques. La commission de terminologie française définit le nom de domaine comme « *une dénomination unique à caractère universel qui permet de localiser une ressource ou un document sur l'internet, et qui indique la méthode pour y accéder, le nom du serveur et le chemin à l'intérieur du serveur* ». Le domaine est un « *ensemble d'adresses faisant l'objet d'une gestion commune* »³⁵⁵.

366. Le nom de domaine a été qualifié d'adresse tant par la législation sur le domaine « .eu » que par la législation sur le domaine « .fr ». Les textes utilisent l'expression « nom de domaine ». Ils ne font que reprendre l'expression d'origine technique utilisée par la pratique.

L'existence d'un cadre législatif du domaine « .fr » vient confirmer la qualification d'adresse technique, à travers l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques : « *L'attribution et la gestion des noms de domaine rattachés à chaque domaine de premier niveau du système d'adressage par domaine de l'internet correspondant aux codes pays du territoire national ou d'une partie de celui-ci sont centralisés par un organisme unique dénommé "office d'enregistrement"* ».

Cette qualification d'adresse est aussi confirmée pour le domaine « .eu ». En effet, le Considérant 3 du Règlement européen n° 733/2002 du 22 avril 2002 retient que : « *... Grâce à la connexion et à la présence que permet l'attribution de noms de domaine et des adresses correspondantes, les utilisateurs peuvent localiser des ordinateurs et des sites sur la toile. Les TLD font également partie intégrante de toute adresse électronique Internet* ».

367. La législation sur le nom de domaine définit les règles d'attribution marquées par la liberté de choix du nom et comportant des restrictions. Certains noms sont interdits ou réservés en vue de la protection des droits de la personnalité et de la propriété intellectuelle (la marque et le droit d'auteur) et des signes sur lesquels il n'existe pas de droits privatifs (les signes distinctifs de l'entreprise), et de la protection de l'ordre public. Le nom de domaine peut être refusé ou annulé lorsqu'il porte atteinte aux droits des tiers et à l'ordre public.

La législation ne fait que reprendre ce qui existait largement dans l'ensemble des règles de nommage en les adaptant. Les chartes de nommages permettent de faire de la prévention sur l'utilisation abusive des noms de domaine. En effet, les chartes d'enregistrement comportent des clauses indiquant que la réservation du nom de domaine ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers et à l'ordre public. Les règles du monde réel s'imposent dans le monde virtuel.

³⁵⁵ Vocabulaire de l'informatique et de l'internet, JO n° 62, 16 mars 1999, p. 3894

368. La vocation première du nom de domaine est l'identification d'une entité sur le réseau. Et, l'attribution des noms de domaine se fait dans le respect du principe de neutralité. Les mêmes règles s'appliquent à toutes les demandes d'enregistrement relatives à un domaine déterminé, sans faire de distinction sur la qualité des demandeurs. Il ne s'agit donc pas de l'égalité de traitement des personnes se trouvant dans une situation identique, mais de la stricte égalité entre tous les demandeurs dans un même domaine géographique (« .eu », « .fr ») ou générique (« .com »). Les règles légales et contractuelles admettent un traitement non-discriminatoire quelle que soit la qualité de l'auteur de la demande. L'égalité de traitement permet d'affirmer que ces règles ne sont pas spécifiques au cybercommerçant, puisqu'elles s'adressent à tous ceux qui désirent s'installer sur Internet.

D'abord, au niveau de la législation européenne, le Considérant n° 6 du Règlement n° 733/2002 du 22 avril 2002 indique que *« le TLD .eu devrait établir un lien clairement identifié avec la Communauté, le cadre juridique qui y est associé et le marché européen. Il devrait permettre aux entreprises, aux organisations et aux personnes physiques dans la Communauté de s'enregistrer dans un domaine spécifique qui rendra ce lien évident »*. L'article 4 du Règlement n° 733/2002 du 22 avril 2002 identifie les demandeurs concernés à savoir les entreprises, les organisations et les personnes physiques. Toutes ces personnes sont soumises aux mêmes règles.

Ensuite, concernant la législation française, l'article L 45-3 du Code des postes et des communications électroniques évoque que l'enregistrement du « .fr » et d'autres extensions, concerne toutes les personnes physiques et morales, résidant ou ayant le siège ou le principal établissement dans l'un des États membres de l'Union européenne. Cet article n'établit pas de règles différentes d'un demandeur à un autre, en ce qui concerne la qualité des demandeurs. Les personnes physiques ou morales, commerçantes ou non commerçantes se voient soumises aux mêmes règles.

Enfin, l'égalité de traitement applicable aux domaines géographiques, concerne aussi les domaines génériques. En effet, les chartes de nommages intégrés dans les contrats d'enregistrement décrivent l'ensemble des procédures et règles à respecter pour l'attribution d'un nom de domaine sous leurs propres extensions, indépendamment de la qualité des demandeurs. Ces clauses contractuelles tiennent lieu de loi aux parties contractantes, conformément à l'article 1134 du Code civil.

369. En définitive, le nom de domaine permet l'identification d'un site d'une part, et d'autre part, le moyen d'accès au site. Il est de ce fait qualifié d'adresse technique par la

pratique et par la loi. L'accès au réseau Internet se fait à partir d'adresses appelées noms de domaines – attribuées par plusieurs autorités. L'adressage a été établi dans un souci de simplification technique. L'attribution prend la forme d'une suite de chiffres. Le nommage est donc un substitut à une séquence numérique³⁵⁶.

Le nom de domaine est une adresse technique permettant d'identifier et de localiser le site Internet. Il peut s'agir des sites de simples particuliers, d'organismes publics ou de collectivités territoriales, le site n'ayant dans ce cas pas de vocation commerciale mais uniquement informative. Il peut en outre s'agir de sites commerciaux qui concernent les opérateurs du commerce électronique. C'est la raison pour laquelle la législation sur le nom de domaine concerne tous ces acteurs et n'est pas spécifique au cybercommerçant. Aussi, le nom de domaine est protégé par le droit d'usage.

B- La protection par le droit d'usage

370. Le nom de domaine est une adresse technique dont le rôle est d'identifier et de localiser un site sur le réseau Internet. Les organismes attribuent les noms de domaines de façon empirique selon une priorité chronologique. Le contrôle minimal qu'ils exercent se traduit par l'application de l'adage « premier arrivé, premier servi » transposée dans l'article L. 45-1 alinéa 3 du Code des postes et des communications électroniques³⁵⁷. La personne qui enregistre le nom de domaine en premier lieu sera *de facto* la seule servie pour un nom avec le libellé exact dans l'extension déposée. Cette règle n'a rien d'original³⁵⁸. Elle est une variante de l'adage latin « *prior tempore potior jure* », « premier en date, meilleur en droit »³⁵⁹. Pour déterminer la protection du nom de domaine, il est impérieux de savoir la nature du droit qui

³⁵⁶ Laurence RAVILLON, Le recours à la technique du « premier arrivé, premier servi » dans le droit des nouvelles technologies... ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques, JCP G 2000, n° 47, p. 2011-2016

³⁵⁷ Article L. 45-1 alinéa 3 du Code des postes et des communications électroniques : « *Sous réserve des dispositions des dispositions de l'article L. 45-2, le nom de domaine est attribué au demandeur éligible ayant le premier fait régulièrement parvenir sa demande. Un nom de domaine attribué et en cours de validité ne peut faire l'objet d'une nouvelle demande d'enregistrement* »

³⁵⁸ Le principe du « premier arrivé, premier servi » a été posé en droit des activités spatiales, plus précisément dans le droit international des télécommunications par satellite, afin de gérer la rareté des supports techniques que sont le spectre des fréquences radioélectriques et l'orbite géostationnaire. Ce principe est le corollaire du principe de la liberté de l'espace posée par le Traité de l'espace de 1967 en son article I, alinéa 2. La fonction de l'enregistrement est d'éviter des brouillages nuisibles entre les stations de radiocommunications, entre les systèmes terrestres de télécommunications, et entre les systèmes spatiaux. Cette occupation prioritaire ne donne pas lieu pour autant à l'acquisition des ressources naturelles de l'espace, à leur appropriation. Le principe du « premier arrivé, premier servi » donne simplement le droit d'exploiter une fréquence sans interférence, fondée sur la priorité de l'enregistrement : c'est un droit d'usage.

³⁵⁹ Henri ROLAND et Laurent BOYER, Adages du droit français, 4^e éd. Litec, 1999, p. 674

résulte de l'enregistrement du nom de domaine. L'enregistrement du nom de domaine confère un droit d'usage, comme toute adresse dont le titulaire s'en sert pour désigner l'endroit où l'on peut le trouver. Ce droit d'usage est reconnu tant par la loi que par le contrat d'enregistrement. Il est donc exclu de reconnaître un droit de propriété sur le nom de domaine.

371. Le droit d'usage conféré lors de l'enregistrement du nom de domaine résulte de la loi. D'abord, le droit d'usage est reconnu par les textes européens. En vertu de l'article second du Règlement européen n° 874/2004 du 28 avril 2004, relatif à l'enregistrement de noms de domaine en « .eu », le « *nom de domaine particulier est attribué pour usage à la partie éligible qui est la première à avoir fait parvenir sa demande au registre ...* ». L'acquisition ne porterait que sur un démembrement du droit de propriété, sans que le texte indique qui est le propriétaire du nom de domaine³⁶⁰. Ensuite, le droit français sans se prononcer sur la nature du droit concédé à celui qui enregistre le nom de domaine, affirme toutefois clairement en l'article L. 45-4 du Code des postes et des communications électroniques, que les bureaux d'enregistrement ne disposent d'aucun droit de propriété sur le nom de domaine³⁶¹. L'enregistrement du nom de domaine ne s'accompagne pas d'un transfert de propriété de la part du bureau d'enregistrement. L'enregistrement ne confère qu'un droit d'usage.

372. Les organismes chargés d'attribuer les noms de domaine appliquent la règle « premier arrivé, premier servi » qui consiste à donner au premier déclarant d'un nom de domaine un droit de priorité sur l'utilisation de ce nom de domaine dans le réseau numérique. Le droit conféré par l'enregistrement du nom de domaine résulte du contrat d'enregistrement. Le contrat indique clairement qu'il ne confère qu'un simple droit d'usage au titulaire du nom de domaine³⁶². Quelle est la nature de ce droit d'usage ? Est-il un droit réel ? Non, le droit d'usage n'est pas un droit de propriété intellectuelle, car il n'est pas défendu par l'action en contrefaçon. Résultant du contrat d'enregistrement, il serait plutôt un droit de créance, donc un droit personnel. Le droit de créance est le droit que détient une personne dite le créancier à

³⁶⁰ Cédric MANARA, Le nom de domaine s'est-il trouvé un régime ?, Comm. com. électr. n° 7-8, juill.-août 2004, Etude 19, p. 9-12

³⁶¹ Article L. 45-4, alinéa 1 du Code des postes et des communications électroniques : « *L'attribution des noms de domaines est assurée par des offices d'enregistrement par l'intermédiaire des bureaux d'enregistrement. L'exercice de leur mission ne confère ni aux offices, ni aux bureaux d'enregistrement de droits de propriété intellectuelle sur les noms de domaine* ».

³⁶² Les règles d'enregistrement des noms de domaine en « .fr » de la Charte de nommage de l'AFNIC, Version du 1^{er} janvier 2008, qui était valable jusqu'au 30 mars 2009 énoncent que « *Le titulaire d'un nom de domaine dispose sur celui-ci d'un droit d'usage pendant toute la durée de validité de l'enregistrement* »

l'encontre d'une autre personne appelée débiteur qui lui doit la fourniture d'une prestation. Ce droit permet au créancier, ici le cybercommerçant d'exiger du débiteur, le bureau d'enregistrement qui a reçu délégation de l'ICANN ou de l'AFNIC, l'exécution d'une obligation de faire qui consiste à identifier et à rendre accessible le site Internet. Il ressort de cela que la créance peut être transmise ou cédée. En outre, la créance sera protégée contre les tiers par le droit commun de la responsabilité civile. Sur ce fondement, le cybercommerçant peut donc transmettre ou céder le nom de domaine. Les opérations juridiques peuvent être effectuées sur le nom de domaine, avec la certitude que le cybercommerçant sera protégé par les règles du droit commun.

373. En somme, le nom de domaine bénéficie d'une législation spéciale. Cet instrument technique est reconnu par le droit. Toutefois, cette législation spéciale n'est pas spécifique au cybercommerçant, car elle s'applique dans les mêmes conditions à tous ceux qui veulent s'installer sur Internet. Conférant par l'enregistrement, un droit d'usage de nature personnelle à son titulaire, le nom de domaine a été qualifié tant par la loi que par la pratique, d'adresse technique dans la mesure où il permet d'identifier et d'accéder à un site Internet.

II- Le site Internet

374. Le site Internet est un outil technique né, avec l'avènement d'Internet. Il fallait soit élaborer des dispositions spécifiques au site électronique ou l'incorporer dans le droit existant. Le choix a été fait de ne pas créer de règles spécifiques au site Internet, mais plutôt de reconnaître juridiquement cet outil technique du cybercommerçant, à travers le droit existant. Intégré dans le droit de la propriété intellectuelle, le site Internet est protégé d'une part, par le droit d'auteur (A) et d'autre part, par le droit *sui generis* de la base de données (B).

A- La protection par le droit d'auteur

375. Le cybercommerçant pour s'installer sur le réseau numérique doit avoir un site Internet. Or, le site Internet n'est pas répertorié dans le Code de la propriété intellectuelle, il faut qualifier le site électronique. Si certains préconisent d'avoir recours au droit commun,

d'autres proposent un régime spécifique qui passe par celui de l'œuvre multimédia³⁶³. Afin d'éviter la multiplication de pans de règles spéciales qui représentent souvent une menace pour la cohérence du système juridique, il faut rejeter le régime spécifique fondé sur l'œuvre multimédia et avoir recours au droit commun pour qualifier le site Internet en tant qu'œuvre de l'esprit (2). Qualifié d'œuvre de l'esprit, le site Internet, pour pouvoir être protégé par le droit d'auteur, doit remplir certaines conditions (2).

1- Le rejet d'un régime spécifique

376. Le site Internet a été qualifié d'œuvre multimédia qui devrait avoir un régime spécifique. L'œuvre multimédia ne constitue pas une catégorie à part en propriété intellectuelle. C'est en effet, une œuvre complexe qui est difficilement réduite à l'une des qualifications disponibles : base de données, œuvre logicielle, œuvre audiovisuelle, vidéogramme, etc. L'œuvre multimédia cumule plusieurs qualifications sans pouvoir être réduite à l'une d'elles³⁶⁴. Elle subit une application distributive de leurs régimes respectifs³⁶⁵. C'est la raison pour laquelle le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) a proposé l'élaboration d'un régime spécifique pour le multimédia, dans un rapport qui est restée sans suite³⁶⁶. Le CSPLA se fondant plus sur le jeu vidéo³⁶⁷, a généralisé sa solution à toutes les œuvres multimédias : jeu vidéo, cédérom, site Internet, etc. Il a retenu qu'aucune des catégories existantes n'est susceptible de fournir un statut satisfaisant, c'est pour cela que le CSPLA se propose de créer un statut propre à l'œuvre multimédia. Ce statut spécifique serait cumulable avec les statuts propres à chacune de ses composantes et il aurait vocation à s'appliquer à l'ensemble des œuvres multimédias. Ce statut viserait à faciliter l'identification des auteurs par un système de présomption simple : les contributeurs déterminants à la création de l'œuvre multimédia seraient présumés auteurs

³⁶³ Selon le dictionnaire Le Petit Robert 2014, le multimédia se définit comme une « technologie intégrant sur un même support des données numérisées de différentes natures (son, texte, images fixes ou animées), consultables de manière interactive ».

³⁶⁴ Voir sur ce point Théo HASSLER, Qualification du multimédia : plaidoyer pour une méthode de qualification, *Comm. com. électr.*, nov. 2000, chron. 21, p. 10-11 ; Vincent FAUCHOUX et Pierre DEPREZ, *Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages*, éd. Litec 2008, p. 44 et s.

³⁶⁵ Jacques LARRIEU, *Droit de l'internet*, 2^e éd. Ellipses, 2010, p. 93-94

³⁶⁶ Rapport de la Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias du CSPLA, *Le régime juridique des œuvres multimédias, droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, 26 mai 2005, disponible sur le site de La Documentation française.

³⁶⁷ Sur la qualification du jeu vidéo, voir Laure MARINO, *Le jeu vidéo devient complexe*, *RLDI* 2009/52, n° 1735, p. 88 et s. ; Théo HASSLER, *Œuvre multimédia : vers une qualification plus complexe, mais plus fine que précédemment*, *RLDI* 2009/52, n° 1739, p. 100

de celle-ci. Le caractère déterminant serait apprécié à travers la participation à quatre fonctions de créations qui affectent l'œuvre³⁶⁸.

377. Toutefois, cette proposition doit être réfutée sur le fondement de la notion même de l'œuvre multimédia et de son régime juridique.

L'absence de définition légale et de mention de l'œuvre multimédia dans le Code de la propriété intellectuelle est due au fait que l'œuvre multimédia ne bénéficie d'aucun régime propre en droit positif. La loi n'attachant à cette notion aucune conséquence particulière, il est logique que le législateur n'ait pas pris la peine de la définir. Il est revenu à la doctrine de la définir. L'œuvre multimédia est définie comme « *toute création regroupant sous forme numérique, du texte, de l'image ou du son, création fixée sur un support électronique et interrogeable, en local ou à distance, de façon interactive* »³⁶⁹. En effet, le site Internet est qualifié par presque tous les auteurs³⁷⁰, d'œuvre multimédia, dans la mesure où il est constituée d'œuvres de natures différentes (textes, images, sons, vidéo, ...) et présentant un caractère d'interactivité. Il faut s'interroger si le fait que le site électronique soit identifié comme une création multimédia a une implication en termes de qualification. L'œuvre multimédia n'est pas une catégorie en soi, donc il est étranger au droit positif. C'est une notion purement factuelle et descriptive. Vouloir faire de l'œuvre multimédia une catégorie en soi ne paraît pas judicieux³⁷¹.

La principale faiblesse du régime unitaire proposé par le CSPLA tient à son régime spécifique dérogatoire du droit commun et complexe pour déterminer les titulaires du droit d'auteur. Il ressort de cela que pour attribuer le droit d'auteur, on chercherait la contribution déterminante pour chaque type d'œuvre, cela est alors hasardeux. La complexité du régime juridique des œuvres multimédias résulte de la coexistence de différents régimes particuliers propres et qui ont été conçus indépendamment les uns des autres sans prendre en compte, ou faiblement, leur articulation aux autres statuts spécifiques. Il n'est pas certain que la création d'un nouveau statut particulier, même s'il s'efforce, à travers sa qualité d'ordre public, d'éviter l'écueil, échappe au risque à terme de reproduire les mêmes effets négatifs. Il faudrait alors à chaque moment envisager la création de nouveaux statuts particuliers applicables à de

³⁶⁸ Les contributeurs déterminants à la création de l'œuvre seraient présumés auteurs de celle-ci à travers les fonctions de réalisation, de création du scénario interactif, de conception graphique, de création de la composition musicale spécialement réalisée pour l'œuvre multimédia

³⁶⁹ Nathalie MALLET-POUJOL, *La création multimédia et le droit*, Litec, 2^e éd. 2003, n° 9

³⁷⁰ Retenons en illustration : Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 188 ; André LUCAS, *Droit d'auteur et multimédia*, in *Mélanges en l'honneur de André Françon* Dalloz, Dalloz 1995, p. 325

³⁷¹ Voir Michel VIVANT et a., *Le Lamy droit du numérique 2014*, précité, n° 445, p. 276

nouvelles créations³⁷². C'est la raison pour laquelle, il faut appliquer le droit commun et retenir simplement que le site Internet est une œuvre de l'esprit.

378. A défaut de définir ce que l'on entend par « œuvre de l'esprit », l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle s'attache à énumérer de manière non exhaustive les œuvres que le Code protège, faisant de la sorte apparaître l'étendue que peut couvrir la notion. En effet, cette absence de définition a eu l'avantage de permettre au droit commun de s'appliquer aux créations nouvelles non encore envisagées au jour de l'entrée en vigueur de la loi, à l'image du logiciel ou des bases de données, et aujourd'hui, de faire face à Internet en y intégrant le site Internet³⁷³. L'œuvre de l'esprit est une création intellectuelle. La qualification d'œuvre de l'esprit est indifférente à la notion de support et du mode de communication.

Les problèmes suscités par le site Internet sont les mêmes que ceux des autres créations intellectuelles qualifiées d'œuvres de l'esprit. La solution à ces problèmes implique de faire une application du droit existant. Ces problèmes sont relatifs à la détermination du titulaire des droits liés à l'œuvre de l'esprit. Pour résoudre ces problèmes communs à tout œuvre de l'esprit, il faut envisager le mode de réalisation de l'œuvre et la nature attribuée à l'œuvre. C'est ce qui a prévalu dans la détermination des différentes qualifications données par le Code de la propriété intellectuelle.

379. Le site électronique peut être réalisé par les employés du cybercommerçant dans le cadre du contrat de travail ou par un prestataire de services dans le cadre du contrat d'entreprise. Qu'il s'agisse du contrat de travail ou du contrat d'entreprise, le site Internet est composé de plusieurs éléments qui bénéficient souvent d'une protection. Il faut avoir l'autorisation des titulaires de droits et, celui qui a réalisé le site doit aussi autoriser le cybercommerçant à exploiter ledit site. C'est encore le contrat qui viendra assurer le transfert des droits à travers la cession de droits de propriété intellectuelle liés au site tant dans ses composantes que dans son intégralité. Il ressort de cela que régler la question du transfert des droits, c'est ne pas omettre que le concepteur-prestataire pourra fort bien ne pas être lui-même titulaire des droits que le client cybercommerçant voudrait acquérir. Il est absolument indispensable de prendre en compte la chaîne des contrats. Il s'agira normalement de clauses assurant au concepteur-prestataire que les droits lui soient acquis. Les choses sont certainement plus simples si le prestataire, concepteur du site, est dans la position où il peut

³⁷² Vincent VARET, *Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, œuvres multimédias* (CPI, art. L. 112-2), *Jurisclasser Civil annexe, Voir Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1165, 5 févr. 2008

³⁷³ Hubert BITAN, *Droit des créations immatérielles : logiciels, bases de données, autres œuvres sur le web 2.0*, éd. Lamy 2010, n° 174, p. 104

être considéré comme promoteur d'une œuvre collective, puisque cela lui permet d'être investi « *des droits de l'auteur* » suivant la formule même de l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, en ce cas, il cédera normalement des droits qui, par hypothèse, sont les siens³⁷⁴. Dès lors afin de pouvoir exploiter son site et les créations qu'il contient, le modifier, le faire évoluer et, plus généralement s'en réserver l'exploitation exclusive, voire le céder ultérieurement à un tiers, le cybercommerçant devra obtenir du prestataire indépendant ou du salarié la cession exclusive des droits de propriété intellectuelles liés au site, pour une exploitation sur tous supports, y compris bien entendu en réseau, pour toute la durée des droits et pour le monde entier. Cette cession ne peut résulter que d'une convention et ne pas se déduire notamment du seul paiement d'une rémunération par le cybercommerçant³⁷⁵. La cession de droits ne se présume pas. Pour que cette cession soit valable, il faut en outre que soit déterminée de manière précise l'étendue de la cession, c'est-à-dire que les droits cédés fassent l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit déterminé quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à la durée. L'exigence de ces mentions est une règle d'ordre public³⁷⁶. Il s'agit d'une application pure et simple de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle³⁷⁷.

2- Les conditions de la protection

380. Le site électronique en tant qu'œuvre de l'esprit peut être protégé par le droit d'auteur pour le tout et pour chaque élément constitutif. L'indifférence de la forme d'une part, et d'autre part, l'absence de formalité requise pour la protection d'une œuvre de l'esprit permettent d'envisager la protection par le droit d'auteur, d'un site électronique sur la base de l'originalité. Il ressort de cela que l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est sanctionnée pénalement et civilement par l'action en contrefaçon. Cela n'a rien de spécifique au site Internet, mais est commun à toutes les œuvres de l'esprit. La protection est soumise à deux conditions : l'exigence d'une concrétisation formelle de l'œuvre et l'originalité.

³⁷⁴ Michel VIVANT, Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999, p. 62-64

³⁷⁵ Eric CAPRIOLI, « Démarches juridiques pour l'ouverture d'un site sur l'internet », Droit et patrimoine, n° 76, novembre 1999, p. 42-45

³⁷⁶ Pascal FERNANDEZ, Conception de site web et propriété intellectuelle, LPA 2001, n° 145, p. 5-7

³⁷⁷ Article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle : « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

381. Dans un premier temps, au niveau de la forme, il faut retenir que le droit de la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés³⁷⁸. Les idées sont de libre parcours. Une certaine formalisation qui rend les idées tangibles et perceptibles est nécessaire pour la protection de l'œuvre. Concernant la forme, l'indifférence du support et l'absence de formalités permettent d'affirmer que le site Internet peut faire partie des œuvres protégées par le droit d'auteur.

L'indifférence à la forme d'expression indique qu'une œuvre peut être protégée indépendamment de son mode de résolution ou de son accessibilité. Le support de l'œuvre importe peu. Il n'y a donc pas de différence entre les œuvres, ce qui fait qu'une œuvre sur support papier ou autres supports, est protégée dans les mêmes conditions qu'une œuvre sur support numérique. Le droit d'auteur n'est pas assujéti à la nature du support sur lequel l'œuvre est fixée³⁷⁹. L'on peut parfaitement inclure le site Internet compte tenu de la neutralité de la forme d'expression en l'occurrence le support, affirmée par l'article 112-1 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

En outre, la protection n'est en aucune façon subordonnée à l'accomplissement de formalités particulières. La protection par le droit d'auteur est conférée à son créateur du seul fait de la création de l'œuvre. Toutefois, le Code du patrimoine, en son article L. 131-2, prévoit le dépôt légal des « *signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature faisant l'objet d'une communication au public par voie électronique* ». Le dépôt légal qui est imposé pour les ouvrages ou documents imprimés, graphiques ou photographies de toutes sortes, y compris pour les supports numériques, a essentiellement pour but de permettre le recensement, l'archivage et la consultation de l'ensemble du patrimoine français, et de servir aussi comme moyen de preuve. Mais, ce système n'a aucune incidence sur la protection de l'œuvre ni sur le bénéfice du droit d'auteur³⁸⁰. Cela est traduit par l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». La concrétisation formelle du site Internet ne pose pas de problème, il reste l'originalité.

³⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2003, Comm. com. électr. 2003, comm. 80, note C. Caron

³⁷⁹ Voir Xavier DAVERAT, Droit de la propriété littéraire et artistique, coll. Lexifac droit, Bréal 2011, p. 32 et s.

³⁸⁰ Frédéric POLLAUD-DULIAN, Le droit d'auteur, éd. Economica 2005, n° 142, p. 110

382. Dans un deuxième temps, le droit d'auteur protégeant les créations de forme, encore faut-il que la forme soit originale. L'originalité constitue l'âme de l'œuvre et la forme étant son corps³⁸¹. L'originalité est la seule condition nécessaire à la protection du site Internet vu comme une œuvre de l'esprit. La loi ne définit cependant pas le critère d'originalité. L'originalité apparaît uniquement à l'article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle, à propos du titre de l'œuvre : « *Le titre de l'œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original est protégé comme l'œuvre elle-même* ».

Il est revenu à la jurisprudence d'apprécier la notion d'originalité. Les juges du fond retiennent que l'originalité représente l'empreinte de la personnalité de l'auteur de l'œuvre. Pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur, l'auteur d'un site Internet doit en démontrer l'originalité. La protection n'est donc pas automatique. Cela est relevé par la Cour d'appel de Paris le 25 janvier 2008³⁸², qui a refusé de reconnaître l'originalité du site Internet. Il en est de même pour la Cour d'appel de Douai le 23 février 2004, qui bien qu'ayant mentionné la protection possible d'un site Internet par le droit d'auteur, a néanmoins décidé qu'il existait une « *contestatation sérieuse sur le degré d'originalité* »³⁸³.

Toutefois, la jurisprudence a souvent attribué au site Internet le caractère d'œuvre originale, lui reconnaissant ainsi la qualité d'une œuvre protégeable par le droit d'auteur³⁸⁴. C'est ce qu'a rappelé la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 octobre 2010 confirmant la décision du 25 novembre 2009 de la Cour d'appel de Paris en ces termes : « ... *il résulte que les œuvres présentaient un caractère d'originalité traduisant l'effort créatif de leurs auteurs et avaient été reproduites au mépris de leur droits par le prévenu ...* »³⁸⁵. En outre, la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 12 mai 2011, a affirmé que l'originalité d'un site Internet réside « *dans le choix de combiner ensemble (les) différents éléments (constituant le site) selon une certaine présentation* »³⁸⁶. C'est en raison notamment des choix, de l'assemblage des couleurs, du positionnement des différents éléments constituant le site électronique, que ce dernier sera ou non, protégé par le droit

³⁸¹ Pierre-Yves GAUTIER, Propriétaire littéraire et artistique, 8^e éd. PUF, 2012, n° 34 et s., p.46 et s.

³⁸² CA Paris, 25 janv. 2008, Sté AFDI et Sté DSI, Mme V. c/ Sté ID, RLDI 2008/42, n° 1383 ; Voir René KINIMOU, Rejet d'actions en contrefaçon et en concurrence déloyale de marque et de site Internet pour défaut de distinctivité, d'originalité et de risque de confusion, RLDI 2008/42, n° 1383

³⁸³ CA Douai, 1^{re} ch., sect. 2, 23 févr. 2004 : SA Courta Finances c/ M.D.L., SARL Eatime, note Barbry et Martin, Gaz. Pal., 25 janv. 2005, n° 25, p. 42

³⁸⁴ T. com. Paris, 9 févr. 1998, Cybion c/ Qualitream, Expertises n° 217, 1998, p. 236 à 238 ; TGI Paris, 13 févr. 2001, Expertises 2001, p. 275 ; Rev. propr. Intell. Oct. 2001, obs. P. Sirinelli ;

³⁸⁵ Cass. crim. 19 oct. 2010, Décision disponible sur le site www.legalis.net

³⁸⁶ Cass. civ. 1^{re} ch., 12 mars 2011, Sté PMC Distribution c/ Sté vente-privée.com disponible sur www.legalis.net; Voir aussi CA Douai, Ch. 1^{re}, sect. 2, 23 févr. 2004, Courta Finances c/ Dominique L., Abyss Finance, Eatime, Disponible sur www.legalis.net

d'auteur. La création d'une architecture propre au site Internet, d'un scénario de navigation et l'organisation des différents composants de celui-ci suffit pour que le site soit original.

Aussi, même si le site Internet ne bénéficie pas de la protection pour le tout, les différents éléments qui le composent (texte, dessins, photographie, bases de données, ...) peuvent être protégés individuellement par le droit d'auteur. L'illustration est donnée par la Cour d'appel de Paris le 12 janvier 2005³⁸⁷ qui a retenu que les éléments constitutifs du site Internet qui lui permettent de se distinguer de ses concurrents sont protégeables au titre du droit d'auteur, c'est-à-dire, pour l'essentiel, ses éléments graphiques, mais également son contenu (textes, images, vidéo, etc.). En revanche, d'autres éléments du site électronique ne répondent pas aux conditions posées par le droit d'auteur. Il s'agit des éléments techniques du site Internet tels que les données brutes, les langages de programmation (HTML, JAVA, etc.), ainsi que les autres éléments constitutifs dépourvus d'originalité. L'illustration est encore donnée par la Cour d'appel de Paris, dans ce même arrêt du 12 janvier 2005 qui a exclu des éléments techniques du champ de protection du droit d'auteur. En l'espèce, le grief de contrefaçon n'a pas été retenu par les juges concernant la page de référencement, c'est-à-dire la page du site énumérant les produits vendus par la société demanderesse. La Cour d'appel de Paris a considéré que la liste énumérative des produits vendus sur le site Internet s'apparentait pour l'essentiel à un catalogue et ne traduisait pas une démarche créative particulière³⁸⁸. Les sites Internet ne peuvent être créés et consultés qu'à l'aide de logiciels. Même si la qualification de logiciel a pu être retenue pour des jeux vidéo interactifs, notamment par la Cour d'appel de Caen, le 19 décembre 1997³⁸⁹ ou encore par l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 21 juin 2000³⁹⁰ ; plusieurs décisions contraires³⁹¹ rappellent que l'œuvre ainsi créée ne doit pas être confondue avec les instruments qui servent à sa conception et à sa divulgation³⁹².

La protection du site Internet au titre du droit d'auteur concerne à la fois le contenu et l'architecture du site si la condition classique d'originalité est remplie, c'est-à-dire si le site porte la marque de la personnalité de son auteur. Ainsi, toute reproduction, représentation ou modification du site Internet, sans le consentement de son auteur constitue une contrefaçon.

³⁸⁷ CA Paris, 4^e ch. A, 12 janv. 2005, Kaligona c/ Dreamnax, Expertises mars 2005, p. 118

³⁸⁸ Vincent FAUCHOUX et Pierre DEPREZ, *Le droit de l'Internet*, Lois, contrats et usages, précité, p. 41-43

³⁸⁹ CA Caen, ch. corr., 19 déc. 1997, Annie T... c/ Valérie A..., LPA 18 nov. 1999, p. 10, note P. Sirinelli

³⁹⁰ Crim. 21 juin 2000, n° 99-85.154, NPT, Comm. com. électr. 2001/9, p. 17 s., note C. Caron ; D. 2001, 2552, note P. Sirinelli

³⁹¹ CA Versailles, 13^e ch. , 18 nov. 1999, Vincent c/ CUC Software International, Comm. com. électr. févr. 2000, n° 16, note C. Caron ; *Légipresse* 2000, n° 170, p. 51

³⁹² CA Paris, 3^e ch., sect. B, 20 sept. 2007, sté civile Sesame c/ Selafa MJA, n° 07/01793, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2008, comm. 51, « De la qualification du jeu vidéo et des créances », comm. C. Caron ; v. [http : // www.foruminternet.org/specielistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/capar20070920.pdf](http://www.foruminternet.org/specielistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/capar20070920.pdf)

383. En somme, même si l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle ne mentionne pas le site Internet, parmi les œuvres de l'esprit, cette liste n'est pas limitative, ce qui permet au juge de qualifier d'œuvre de l'esprit une création qui n'a pas été visée expressément par le législateur. Le site électronique ne nécessite pas l'élaboration d'un régime spécifique. Il est incorporé dans le droit de la propriété intellectuelle à travers la qualification d'œuvre de l'esprit. Les difficultés liées au site Internet sont communes à toutes les œuvres de l'esprit et trouvent solution dans le mode de réalisation de l'œuvre, d'où le rôle déterminant du contrat. Pour la réalisation du site électronique, il est fait une application pure et simple des dispositions du droit commun régissant le contrat d'entreprise³⁹³, le contrat de travail et le contrat de cession. Cette logique se justifie car le site électronique ne pose pas de problème particulier à ce stade. C'est donc à travers tout un jeu de contrats portant sur le site Internet que le cybercommerçant pourra s'installer sur le réseau numérique. Le site électronique constituant une œuvre de l'esprit, peut de ce fait, être protégé par le droit de la propriété intellectuelle à savoir le droit d'auteur, s'il est original, et aussi par le droit *sui generis* du producteur de la base de données.

B- La protection par le droit *sui generis* de la base de données

384. Le cybercommerçant, à travers son site Internet, peut bénéficier de la protection par le droit *sui generis* du producteur de la base de données. La protection du site Internet par le droit *sui generis* du producteur de la base de données est assurée d'abord, par l'énumération expresse du support numérique dans la définition de la base de données. Ensuite, il s'agit de protéger l'investissement contre le parasitisme. Le critère d'appréciation par le juge du caractère substantiel de l'investissement est relatif aux coûts générés par la collecte et le traitement des informations réunies dans la base de données.

³⁹³ CA Toulouse, 2^e ch., 1^{re} sect., 9 janv. 2003, SA 123 Immo et a. c/ SARL O10C, Comm. com. électr., 2003, comm. n° 71, note Grynbaum ; JCP E, 22 janv. 2004, chron. « Droit de l'internet » n° 4, p. 129, note M. Vivant ; En l'espèce, il s'agissait d'une société ayant demandé à un prestataire la réalisation de son site Internet, mais qui après avoir pris livraison de celui-ci, a émis des réserves et refusé d'acquitter le prix convenu. Pour déterminer s'il y a eu une inexécution fautive, la Cour a recherché la qualification du contrat. Elle va ainsi reprendre les différentes étapes du processus contractuel (établissement d'un cahier de charges, réalisation d'une maquette du site, présentation de celle-ci au client, livraison via la mise en ligne, et enfin la réception). Ces étapes ont été jugées correspondre à la qualification d'un contrat de louage d'ouvrage qui se caractérise par la fourniture d'un travail spécifique ; voir également CA Montpellier, 19 févr. 2002, Sté Capline, Comm. com. électr., 2002, n° 145, obs. Stoffel-Munck

385. Le site électronique peut bénéficier de la protection pour l'investissement dans le cadre de la base de données. La base de données a fait son entrée dans le Code de la propriété intellectuelle par une Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998³⁹⁴ qui la définit au terme de son article L. 112-3, comme un « *recueil d'œuvres, de données, ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* ». Cette définition très large permet d'envisager son application aux sites Internet dont la conception technique autorise un accès indépendant aux diverses sources ou aux compilations, par exemple d'œuvres musicales. En nommant expressément le support numérique, le législateur permet d'y inclure le site Internet.

Le point est d'autant plus notable que le dispositif mis en place protège à la fois la structure de la base et son contenu, conférant à la première un droit d'auteur et au second un droit spécifique lié à l'investissement fait³⁹⁵. Quand le site Internet mérite la qualification de base de données, d'une part, son agencement peut être protégé par le droit d'auteur au terme des dispositions de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, et d'autre part, son contenu informationnel peut être sauvegardé par le droit *sui generis* du producteur au terme des dispositions de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle. Il est important de souligner que l'absence de protection par le droit d'auteur, n'a pas d'incidence sur le droit *sui generis* du producteur de la base de données. Ce sont deux droits indépendants dont l'objet et les conditions d'application sont différents. Cela a été rappelé par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 1^{er} mars 2012³⁹⁶.

386. Le développement des sites Internet et la logique éditoriale vers laquelle ils s'orientent permettent de penser qu'une part importante d'entre eux, remplit les critères de la base de données protégée par le droit *sui generis*. On ne peut donc exclure qu'un site Internet, tout au moins lorsque son contenu informationnel est particulièrement développé, soit une base de données. C'est le cas des sites d'éditeurs comme Dalloz, Lextenso, Lexisnexis. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée en ce sens, notamment dans l'affaire Keljob dans

³⁹⁴ Cette loi transpose la directive n° 96/9 du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JO 2 juil. 1998, 10075 ; Voir aussi Célia ZOLYNSKI, Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, Thèse droit Panthéon Assas 9 déc. 2005, Dalloz 2007, p. 118-119

³⁹⁵ Michel VIVANT et Agnès MAFFRE-BAUGE, Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux, éd. Les notes de l'IFRI 2002, p.34

³⁹⁶ CJUE, 3^e ch., aff. C-604/10 du 1^{er} mars 2012, Football Dataco et autres c/ Yahoo et autres : la demande de décision préjudicielle introduite par la juridiction du Royaume-Uni portait sur l'interprétation de la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Décision disponible sur Legalis.net

laquelle la Cour d'appel de Paris, le 25 mai 2001³⁹⁷, a considéré que le site d'annonces d'emplois de la société Cadremploi constituait bien une base de données au sens de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle. Le droit *sui generis*, contrairement au droit d'auteur n'est pas destiné à stimuler la création mais plutôt à rentabiliser l'investissement affecté à la constitution d'un ensemble d'informations³⁹⁸. Le but est de protéger l'investissement du cybercommerçant qui prend l'initiative et le risque en vue de constituer une base de données à travers son site Internet. Le cybercommerçant assume de ce fait les coûts de gestion, de contrôle et de maintenance de la base de données. L'illustration est donnée par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 5 mars 2009³⁹⁹, qui a reconnu que le site Internet pour être protégé par le droit *sui generis*, doit requérir de la part du cybercommerçant, des investissements substantiels tant humains que financiers. L'investissement est protégé contre le parasitisme.

387. Le bénéficiaire de ce droit est le producteur de la base de données qui en a assumé l'initiative et le risque : le cybercommerçant. Ce droit permet à son titulaire de s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation d'une partie substantielle du contenu de la base, appréciée quantitativement et qualitativement. Il lui permet en outre de s'opposer à des extractions ou réutilisations de parties même non substantielles de la base, si celles-ci sont le fruit d'actes répétés et systématiques et excèdent manifestement les conditions normales de la base selon l'article L. 342, 1-2 du Code de la propriété intellectuelle. La Cour de justice de l'Union européenne le 9 novembre 2004 à travers ces quatre décisions, est venu préciser que *« les notions d'extraction et de réutilisation au sens de l'article 7 de la Directive doivent être interprétées comme se référant à tout acte non autorisé d'appropriation et de diffusion au public de tout ou partie du contenu d'une base de données »*, tout en retenant une interprétation stricte de l'investissement : *« la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la Directive doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données »*⁴⁰⁰.

³⁹⁷ CA Paris, 14^e ch., sect. B, 25 mai 2001, Legalis.net 2001, n° 3, p. 104, note Sinodinou Eleni Tatiani et Ph Jouglaux ; Voir aussi CA Versailles, 12^e ch., 11 avr. 2002, Comm. com ; élect., 2002, comm. 98, obs. C. Caron ; confirmant TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 5 sept. 2001, SA Cadremploi c/ SA keljob et Colt Télécommunications France, Expertises nov. 1991, p. 391

³⁹⁸ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, D. 2012. 1060, obs. Manara

³⁹⁹ Cass. I civ. 5 mars 2009, Precom Ouest France Multimédia c/ Direct Annonces, Arrêt disponible sur Legalis.net

⁴⁰⁰ CJCE 9 nov. 2004, The British Horseracing Board Ltd e.a ; Fixtures Marketing Ltd c/ Organismos Pronostikon ; Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus AB et Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB, D.

388. En conclusion de ce paragraphe, nous pouvons affirmer que les instruments techniques du cybercommerçant sont intégrés dans le droit existant. L'intégration a été rendue possible parce qu'à ce stade, le cybercommerçant met simplement en œuvre les moyens techniques comme toute personne qui désire s'installer sur Internet. Cela n'a rien de spécifique à sa qualité, et ne cause pas de difficulté pour exiger une législation spéciale. Le nom de domaine étant une adresse technique, est protégé comme toute adresse par le droit d'usage. C'est à travers ce droit d'usage que le cybercommerçant pourra exploiter le nom de domaine qui va permettre d'orienter les internautes vers le site Internet qui est une œuvre de l'esprit, protégé par le droit de la propriété intellectuelle. Dans le cadre de l'exercice de son activité, les instruments techniques du cybercommerçant pourront bénéficier aussi, de par l'exploitation commerciale qui en est faite, de la reconnaissance juridique de leur dimension commerciale.

Paragraphe 2- La reconnaissance juridique de la dimension commerciale des instruments techniques

389. Le cybercommerçant a pu s'installer sur Internet grâce au nom de domaine et au site Internet. Il va exercer son activité commerciale en utilisant les instruments techniques qui lui ont permis de s'installer sur Internet. L'usage commercial qu'il fait de ces instruments techniques, permet par analogie, de les identifier aux outils du commerçant traditionnel que sont l'espace commercial et le signe distinctif. Il ressort de cela que le site électronique et le nom de domaine peuvent être assimilés aux instruments commerciaux traditionnels (I) en vue d'appliquer au cybercommerçant les régimes de protection classiques (II).

2005. 1216, § 14, obs. Sardain ; Propr. Intell. 2005, n° 14, p. 99, obs. Lemarchand et Rambaud, Légipresse 2005, n° 221, III, p. 85, note Mallet-Poujol ; RTD com. 2005. 90, obs. Pollaud-Dulian ; Voir aussi Michel VIVANT, L'investissement rien que l'investissement, à propos des arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 2004, RLDI, n° 3, mars 2005, p. 41 ; Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, Droit d'auteur et droits voisins, 2e éd. 2013, n° 206 et s., p. 198 et s.

I- L'assimilation aux instruments commerciaux traditionnels

390. Le commerçant traditionnel pour exercer son activité doit disposer d'un espace commercial et de signes distinctifs. Or, le site électronique constitue un élément auquel se trouve attachée la clientèle des internautes qui le fréquente. Il peut constituer de ce fait la vitrine virtuel ou la boutique électronique. Et le nom de domaine permet de promouvoir des biens ou services du cybercommerçant en les distinguant de ceux des concurrents. Il permet aussi sur Internet de distinguer l'entreprise du cybercommerçant. Le nom de domaine n'est pas forcément un signe distinctif, mais en ce qui concerne le cybercommerçant, c'est un signe distinctif de son entreprise. C'est pour cela que le site Internet est assimilé à un espace commercial (A) et le nom de domaine à un signe distinctif de l'entreprise (B).

A- L'espace commercial

391. Le commerçant traditionnel a besoin d'un espace où il reçoit les clients et stocke souvent ses marchandises pour exercer son activité. Comme le commerçant traditionnel, le cybercommerçant a aussi besoin d'un espace pour exercer son activité. La seule différence est que pour le cybercommerçant, c'est le site Internet qui viendra jouer ce rôle. Le site Internet est l'élément technique qui permet « d'accueillir » les clients dans l'espace virtuel. C'est la raison pour laquelle le site électronique a été rapproché de la notion de local dans le commerce traditionnel⁴⁰¹. Le site électronique est donc un lieu virtuel, un lieu non seulement marchand, mais encore à partir duquel des opérations commerciales peuvent être réalisées. Dans ce cas, le site Internet est la boutique virtuelle qui permet de faire directement des opérations en ligne et hors ligne. En conséquence, il faut distinguer deux types de site : le site comme une simple vitrine (1) et le site comme une véritable boutique virtuelle (2). Ces deux approches permettent l'application du droit existant en utilisant l'analogie.

⁴⁰¹ Philippe NEAU-LEDUC, « Le e-commerce ou l'entreprise dématérialisée », RLDA, n° 57 fév. 2011, p. 66-67

1- La vitrine virtuelle

392. Cette approche consiste à voir dans le site électronique une vitrine commerciale. En effet, les internautes accèdent à chaque rubrique du site Internet en un minimum de clics, en utilisant les liens hypertextes. Les liens hypertextes permettent la navigation par mots-clés entre les divers éléments du site, comme si le client se déplaçait dans un magasin ordinaire, à la seule différence qu'il est virtuel. Il est par ailleurs indispensable pour le cybercommerçant de prévoir une rubrique sur son site, dédiée aux conditions générales de vente applicables à ces produits. Ces conditions doivent respecter les dispositions de l'article L. 121-16 du Code de la consommation applicable à la vente à distance. Le Code de la consommation s'applique en raison de l'assimilation du cybercommerçant au commerçant traditionnel. Les mises à jour ont une importance particulière dans les sites marchands et doivent être faites régulièrement par le cybercommerçant. Le cybercommerçant doit gérer convenablement la base de données des commandes de produits, ainsi que la base de données clients⁴⁰². Le site Internet est un espace commercial qui présente l'entreprise et les produits du cybercommerçant. Cela nous permet d'affirmer que le site électronique constitue la vitrine virtuelle du cybercommerçant.

Le cybercommerçant traite aussi son site électronique comme un catalogue dématérialisé. Partant de cela le rapprochement avec la vente par correspondance se justifie. En effet, le site électronique constitue un support publicitaire qui permettra aux clients de conclure des contrats par les modes traditionnels utilisés par les entreprises de vente par correspondance. Le cybercommerçant, lors de son installation, se verra appliquer la législation sur les ventes à distance. Il s'agit dans ce cas d'une entreprise de vente par correspondance, à la seule différence que le catalogue est dématérialisé. Il n'y a pas lieu d'adopter des règles spécifiques au cybercommerçant dans la mesure où le site Internet est vu comme un catalogue : c'est la vitrine électronique. Cette vitrine virtuelle se distingue de la boutique virtuelle où le paiement se fait directement sur Internet.

⁴⁰² Voir sur ce point Martine BOURRIE-QUENILLET, Les aspects juridiques de la création d'un site de commerce électronique, Comm. com. électr., 2000, n° 6, chr. 12 ; Eric CAPRIOLI, Démarches juridiques pour l'ouverture d'un site sur l'internet, in Droit et patrimoine, n° 76, novembre 1999, p. 42-45 ; Hubert BITAN, Le site de commerce électronique : approche technique et juridique, Gaz. Pal. 2000 (16 avr. 2000, n° 107), III, doctr., p. 687-694

2- La boutique virtuelle

393. On parlera plus pertinemment de boutique virtuelle pour autant que cette installation ne se bornera pas à une vitrine propre à faire connaître l'entreprise et ses biens ou services aux tiers ; mais permettra de conclure des contrats. Il s'agit pour le cybercommerçant d'utiliser le réseau numérique pour permettre aux internautes d'effectuer le paiement en ligne. La livraison de la marchandise et la prestation de services peuvent se faire en utilisant les modes traditionnels. En outre, dans certains cas, quand l'opération peut être entièrement dématérialisée, Le cybercommerçant assure aussi l'exécution de celle-ci par le même canal à travers le téléchargement (mise à disposition de musique, de logiciels, etc.). Il ressort de cela que toutes les règles qui s'appliquent au commerçant traditionnel dans le cadre de son activité s'appliqueront aussi au cybercommerçant.

L'assimilation du site Internet à la boutique a été consacrée par la jurisprudence⁴⁰³. Les juges vont utiliser l'expression « boutique virtuelle » et vont la définir comme un site d'un genre particulier, dont le contenu n'est pas seulement informationnel ou publicitaire, mais qui doit permettre de réaliser des opérations commerciales en ligne, le plus souvent opérations de vente relatives à des produits matériels présentés sur le site, mais aussi prestations en ligne ou hors ligne.

394. En définitive, le site Internet matérialise l'existence de l'entreprise du cybercommerçant. Par conséquent, les règles du droit de la concurrence, du droit de la consommation, du droit commercial s'appliquent au cybercommerçant comme elles s'appliquent à celui qui a un commerce dans le monde physique. Le cybercommerçant est donc intégré dans le droit commun aux commerçants. Pour parvenir à cela, il est fait référence à l'analogie qui a permis d'assimiler le site Internet du cybercommerçant, à une vitrine commerciale ou à une boutique, donc à un commerce. Outre, l'espace commercial, le commerçant traditionnel pour attirer la clientèle, utilise des signes distinctifs. L'analogie avec le signe distinctif peut être faite en ce qui concerne le nom de domaine que le cybercommerçant utilise.

⁴⁰³ CA Paris, 5^e ch., sect. A, 25 janv. 2006, RLDI 2006/18, n° 549, arrêt précité

B- Le signe distinctif de l'entreprise

395. Les signes distinctifs « *ont traditionnellement pour objet de permettre à la clientèle de reconnaître les produits ou services offerts sur un marché ainsi que les entreprises qui les fournissent, en les distinguant de produits, services ou d'établissements présents sur le même marché* »⁴⁰⁴. Les noms de domaine remplissent aussi cette fonction. Au regard du succès qu'ils rencontrent, les noms de domaine ne peuvent plus longtemps être comparés aux codes télétel. Une nouvelle doctrine soutenue par la jurisprudence, pose les fondements d'une théorie conférant au nom de domaine le caractère de signe distinctif. La place du nom de domaine est assurément aux côtés des signes distinctifs. Il a des points communs avec la marque, l'enseigne et le nom commercial et la dénomination sociale sans pour autant en être réductible.

396. Une première comparaison peut être faite avec la marque. Le nom de domaine et la marque sont soumis à une procédure de dépôt très proche, ce qui renforce un peu plus les similitudes entre eux⁴⁰⁵. Cependant, outre certaines différences, telles que le défaut d'examen de validité ou le défaut de règle de spécialité applicable aux noms de domaine, une opposition fondamentale subsiste entre ces deux signes. En effet, pour être valable, la marque doit avoir un caractère distinctif imposé par l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle. L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété, protégé par l'action en contrefaçon. Le nom de domaine s'éloigne du droit des marques. Le nom de domaine ne peut être assimilé à la marque.

397. La deuxième comparaison possible peut être faite avec les signes utilisés par les entreprises commerciales : la dénomination sociale, le nom commercial et l'enseigne⁴⁰⁶. Là encore certaines similitudes apparaissent : les trois signes précités permettent à une entreprise de se différencier parmi les autres concurrents et de promouvoir son activité commerciale. De même le nom de domaine permettra à l'entreprise du cybercommerçant de

⁴⁰⁴ Grégoire LOISEAU, Nom de domaine et Internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, Dalloz 1999, chron., p. 245

⁴⁰⁵ Sylvie ROCQUES, Le nom de domaine, un nouveau signe distinctif inquiétant pour les titulaires de marque : Propr. Industr. Juin 2002, p. 13-16 ; voir Hélène GAUMONT-PRAT, Droit de la propriété industrielle, 2^e éd. Litec, 2009, p. 170 et s.

⁴⁰⁶ Mêmes si certains auteurs comme Grégoire LOISEAU et Jacques LARRIEU ont pu reconnaître que la dénomination sociale, le nom commercial et l'enseigne sont des droits de propriété intellectuelle ; toutefois, dans le silence de la loi, nous ne partageons pas cet avis, en nous fondant sur d'autres auteurs comme Jean-Christophe GALLOUX, Albert CHAVANNE, et Jérôme PASSA qui affirment que les droits de propriété intellectuelle sont érigés par la loi et sanctionnés par la contrefaçon.

se faire connaître sur Internet et de se différencier des autres entreprises auprès des internautes.

La dénomination sociale est liée à la personnalité morale : toute société dotée de la personnalité juridique doit pouvoir être identifiée afin de la distinguer, dans le commerce juridique, des autres personnes, qu'elles soient physiques ou morales. La dénomination sociale naît de l'adoption des statuts de la société et le droit s'acquiert lors de son inscription au registre du commerce et des sociétés. Le mode d'acquisition du nom de domaine est, quant à lui différent. C'est pour cela que le nom de domaine ne saurait se confondre à la dénomination sociale, mais pourrait se rapprocher du nom commercial.

Le nom commercial désigne le fonds de commerce ou l'entreprise, dans les rapports avec la clientèle. Il se distingue de la dénomination sociale qui elle identifie la personne morale et non son activité. C'est sous ce nom que l'entreprise est exploitée. Le droit sur le nom commercial est un droit d'occupation : le droit s'acquiert par l'usage, par l'exploitation publique du signe à titre de nom commercial⁴⁰⁷. Le nom de domaine permettrait donc de désigner une entreprise développant son activité commerciale sur Internet.

Comme le nom commercial, l'enseigne sert à distinguer un établissement commercial de ses concurrents pour rallier la clientèle. Mais l'enseigne se différencie en ce qu'elle désigne l'entreprise dans sa localisation. L'enseigne est donc un signe attaché d'une part à l'activité du commerçant et d'autre part au lieu géographique où elle est exercée. Elle peut être constituée par un nom patronymique, par une dénomination de fantaisie ou par un emblème. L'enseigne est un signe extérieur et visuel qui apparaît sur autant d'établissement que son titulaire souhaite en exploiter. Elle est apposée sur les locaux d'exploitation. Une entreprise peut utiliser plusieurs enseignes.

On pourrait soutenir que le nom de domaine constitue l'enseigne du site de l'entreprise du cybercommerçant. C'est ce qu'a exprimé monsieur le Professeur Grégoire LOISEAU⁴⁰⁸ en ces termes : *« sans perdre de vue l'originalité de ce nouveau signe distinctif, on peut donc, finalement proposer de le définir comme l'enseigne sous laquelle l'entreprise exploite, sur le réseau de l'internet, un établissement virtuel auquel une clientèle peut s'adresser pour obtenir des biens ou des services ou s'informer de l'activité commerciale qu'elle exerce »*. Cependant le nom de domaine se différencie du nom commercial et de l'enseigne dans la mesure où il fait l'objet d'un enregistrement. Il remplit les fonctions de l'enseigne. Et à ce niveau, il devient un nouveau signe distinctif.

⁴⁰⁷ Frédéric POLLAUD-DULIAN, Propriété intellectuelle – La propriété industrielle, éd. Economica 2011, n° 1209 et s.

⁴⁰⁸ Grégoire LOISEAU, Nom de domaine et Internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, précité, p. 246

398. Le nom de domaine a su cependant, de lui-même, s'imposer au titre des signes distinctifs. C'est la remarque faite par monsieur le Professeur Jacques LARRIEU en ces termes : « *le nom de domaine joue ce rôle de signe distinctif pour le site web, sur le réseau et en dehors du réseau* »⁴⁰⁹. Le nom de domaine serait-il donc un signe distinctif *sui generis* ⁴¹⁰? Il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle catégorie juridique pour le nom de domaine, car il se glisse dans les catégories existantes. Une législation spécifique au nom de domaine, en tant que signe distinctif, ne saurait s'imposer. En effet, l'arrivée d'un nouvel instrument ne doit pas entraîner automatiquement l'élaboration d'un corps de règles le réglementant. Cela ne saurait se justifier que dans la mesure où le nouvel instrument pose certaines difficultés de qualification qui ne peuvent pas être résolues. Cette condition n'est pas remplie avec le nom de domaine, car la jurisprudence et la pratique ont fait des rapprochements avec les signes existants par la technique de l'analogie. Ainsi, le nom de domaine se voit appliquer les dispositions du droit commun régissant les signes distinctifs de l'entreprise.

399. En somme, la dimension commerciale que revêtent les instruments techniques du cybercommerçant, permet d'intégrer le site Internet et le nom de domaine dans le droit commun du commerce. Cette intégration s'est matérialisée par l'utilisation de l'analogie en permettant d'appliquer au cybercommerçant les règles commerciales relatives aux instruments nécessaires à tout commerçant pour exercer son activité. Le site Internet a été assimilé à un espace commercial, et le nom de domaine à un signe distinctif de l'entreprise. L'exploitation commerciale des instruments techniques permet leur qualification par rapports aux outils du commerçant traditionnel, en vue de leur protection à travers le régime classique.

II- L'application des régimes de protection classiques

400. La reconnaissance juridique de la dimension commerciale des instruments techniques nécessite d'appliquer au cybercommerçant les régimes de protection classiques : protection du commerçant et protection des tiers. L'activité commerciale du cybercommerçant doit s'exercer dans un cadre loyal, en bénéficiant d'une protection contre les tiers et en ne

⁴⁰⁹ Jacques LARRIEU, Statut du nom de domaine : la jurisprudence tendrait vers un droit privatif sur un signe distinctif ?, Expertises nov. 2001, p. 382

⁴¹⁰ Grégoire LOISEAU, L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, Droit et patrimoine, mars 2001, p. 59-63

portant pas d'atteinte aux droits des tiers. Toutefois, les pratiques déloyales se sont intensifiées avec le nom de domaine. C'est la raison pour laquelle nos développements seront axés plus sur le nom de domaine, sans oublier que l'usage du nom de domaine renvoie au contenu du site Internet. Pour résoudre ce problème, loin de créer une législation spécifique au cybercommerçant, il s'est agi de faire une simple application des règles existantes relatives à la contrefaçon et à la concurrence déloyale ou au parasitisme. Les règles utilisées dans le commerce traditionnel et s'appliquant dans le commerce électronique, concernent la protection des instruments commerciaux (A) et la protection des tiers (B)

A- La protection des instruments commerciaux

401. Le nom de domaine et le site Internet compte tenu de leur valeur commerciale pour le cybercommerçant peuvent justifier d'une protection contre les atteintes dont ils font l'objet à travers la concurrence déloyale et le parasitisme en ligne. L'action en concurrence déloyale permet de lutter contre les détournements de clientèle dus à l'imitation des signes distinctifs ou au contenu du site Internet. Le parasitisme prolongeant la concurrence déloyale, permet d'agir contre un professionnel non-concurrent contrairement à l'action en concurrence déloyale stricto sensu. Seul compte le fait de s'immiscer dans le sillage d'un autre afin d'en tirer profit. Le site Internet et le nom de domaine sont protégés par les dispositions générales.

402. La dimension commerciale du site Internet permet de mettre en œuvre les règles générales de la concurrence déloyale. Fondée sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle, la concurrence déloyale et le parasitisme permettent de protéger le cybercommerçant au titre des atteintes dont son site peut faire l'objet. Pour apprécier l'étendue du préjudice commercial, les juges tiennent compte de la perte de visibilité et de la fréquentation du site en cause⁴¹¹.

⁴¹¹ TGI Paris, 10 novembre 2011 : « En accroissant la visibilité du site, il aggrave le préjudice subi par la société Victoriaa, en augmentant le risque de détournement de clientèle ainsi que le trouble des internautes qui constateront la présence de deux sites distincts par leurs noms de domaine mais identiques dans leur présentation. Il y a lieu d'admettre qu'en s'appropriant les mérites de la création du site créé par la société Victoriaa, la société Linkeo.com a commis des actes de concurrence déloyales et qu'elle doit réparer le préjudice qui en est résulté » ; Voir aussi TGI Paris 15 mars 2013 : « La société Beemoov a engagé des frais pour personnaliser ses rubriques et donc individualiser ses conditions générales, la société Jurovi a donc pu, sans bourse déliée, introduire des conditions générales d'utilisation sur son site, comportement fautif caractérisant là encore la déloyauté de la concurrence » ; Décisions disponibles sur le site Legalis.net

403. La question de la protection du nom de domaine lui-même, contre un emploi second par un tiers, s'est toutefois posée à plusieurs reprises. Les entreprises ont souvent utilisé comme nom de domaine leur marque ou leur propre dénomination. Dans cette hypothèse la protection juridique du nom de domaine ne soulève pas de problème majeur car la jurisprudence le défend en s'appuyant sur les signes distinctifs que sont la marque, le nom commercial, l'enseigne, la dénomination sociale. Les juges au début, ont éludé la difficulté en constatant que le nom de domaine usurpé reprenait la marque ou un signe protégé de l'entreprise, ce qui leur a permis de se fonder sur les règles protectrices de celui-ci⁴¹². Mais d'autres fois, faute d'un dépôt du signe comme marque, ou l'utilisation comme dénomination sociale, ou autres signes, seul le nom de domaine s'est retrouvé en cause. Dans le cadre de la protection du nom de domaine, il est possible de lui attribuer le même régime juridique qu'à l'un des autres signes distinctifs connus (enseigne, nom commercial, dénomination sociale). Il est par ailleurs possible d'attribuer au nom de domaine un régime *sui generis*, qui reste à élaborer. Cependant dans ce cas, il existe un risque de faire bénéficier les titulaires de noms de domaine, soit d'un régime de protection minimale, soit d'une protection renforcée par rapport aux titulaires d'autres signes distinctifs de l'entreprise⁴¹³. Cette dernière hypothèse n'a pas été suivie. Ce sont les dispositions du droit commun réglementant les signes distinctifs de l'entreprise qui ont été utilisées pour régir la protection du nom de domaine.

404. Les décisions statuant sur la protection du nom de domaine font donc application de l'article 1382 ou 1383 du Code civil et utilisent les règles générales de la concurrence déloyale pour assurer la protection de ce signe. Par exemple, la Cour d'appel de Paris, le 18 octobre 2000, a jugé que « *si le nom de domaine, compte tenu notamment de sa valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire, peut justifier une protection contre les atteintes dont il fait l'objet, encore faut-il que les parties à l'instance établissent leurs droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté et le risque de confusion que celui-ci peut entraîner dans l'esprit du public* »⁴¹⁴.

405. La question se pose tout naturellement de savoir si le nom de domaine doit être effectivement distinctif. La pratique accueillait et accueille des noms de domaine tout à fait descriptifs sans distinctivité. Les solutions apportées par les juges ne cessent de différer. En

⁴¹² TGI Nanterre, ord. réf., 16 sept. 1999; TGI Paris, 27 juin 2000, www.legalis.net ; Voir aussi Christiane BOU KHATER, Nom de domaine dans la sphère de la propriété littéraire et artistique ?, RLDI 2006/16, n° 484

⁴¹³ Nathalie BEAURAIN et Emmanuel JEZ, Les noms de domaine de l'internet, précité, n° 63 et s.

⁴¹⁴ Décision disponible sur le site www.legalis.net

effet, certaines décisions⁴¹⁵ n'évoquent, ni ne retiennent ce caractère distinctif comme condition de protection du nom de domaine. Ces arrêts sanctionnent pour concurrence déloyale les utilisateurs seconds des termes évoqués, en se fondant sur l'existence d'un usage antérieur et sur la confusion préjudiciable aux entreprises demanderesse sans examiner le caractère distinctif du signe. Le fait est que le nom de domaine est souvent descriptif du contenu du site parce qu'il sert autant au référencement par les moteurs de recherche qu'à l'identification de l'entreprise. L'utilisation d'un nom de domaine descriptif de l'activité est un outil primordial dans le référencement du site Internet auprès des moteurs de recherche. Il permet un accroissement de la visibilité grâce à un référencement optimal.

Toutefois, l'une des décisions marquantes fut celle rendue par la Cour d'appel de Douai du 9 septembre 2002⁴¹⁶, faisant suite à une décision de référé rendue par le tribunal de grande instance de Lille⁴¹⁷. Étaient en cause dans cette affaire, deux noms de domaines extrêmement proches « boistropicaux.com » et « bois-tropicaux.com », tous deux identifiant des sites de commerce de bois. Le juge des référés avait reconnu dans le dépôt du second nom de domaine un comportement illicite. Il refusait l'argument relatif au caractère générique et, par conséquent non protégeable du nom de domaine : *« en effet, à la différence d'un droit de marque qui, pour être valable, suppose que l'expression choisie soit distinctive par rapport aux produits et services visés, le droit sur le nom de domaine est un droit d'occupation, régi par la règle du “ premier arrivé, premier servi ” sauf en cas de faute »*. La Cour d'appel de Douai, quant à elle, affirmait que *« les noms de domaine peuvent avoir ou non une fonction distinctive. En l'espèce, le nom de domaine choisi évoque l'objet même du site ; il est donc directement descriptif et s'apparente à un mot-clé comme ceux utilisés pour effectuer une requête auprès d'un moteur de recherche, pour naviguer sur Internet »*. La Cour préconisait

⁴¹⁵ CA Paris, 8 déc. 2003, annonces-vacances.com c/ annoncesvacances.com : D. 2004, p. 1157, obs. Auguet : le choix par la société Médiastratégie d'un nom de domaine quasi-identique à celui adopté précédemment par la société Editions Néressis pour désigner un site ayant un contenu similaire traduit sa volonté délibérée de tirer profit à moindre coût des investissements de celle-ci, en créant dans l'esprit du public un risque de confusion sur l'origine du service offert et caractérise un comportement déloyal ; Voir CA Paris, 4^e ch. A, 28 janv. 2004, Propr. Industr., sept 2004, comm. 72, Tréfigny P. : l'arrêt énonce que le détenteur du nom de domaine « lhotellerie.fr » désignant un site proposant des annonces dans le secteur hôtelier, peut s'opposer à l'utilisateur du nom de domaine « hotellerie.fr » désignant un site ayant vocation à promouvoir des activités hôtelières. La Cour d'appel retient l'antériorité du nom commercial et du nom de domaine de la société demanderesse, ainsi que la notoriété de son activité

⁴¹⁶ CA Douai, 9 sept. 2002, Comm. com. électr., nov. 2002, comm. 141, obs. Caron C. ; Voir Julien LACKER, Générique de fin pour « argus.fr » : le début de la cohérence pour les noms de domaine descriptifs ?, RLDI 2007/26, n° 839, p. 11 et s.

⁴¹⁷ TGI Lille, 10 juill. 2001, JCP E 2002, n° 1, chron. 36, n° 10, obs. Vivant M.

alors de sanctionner un acte de concurrence déloyale en raison d'un risque de confusion si, et seulement si, le nom de domaine comprenait un caractère d'originalité suffisant⁴¹⁸.

406. Alors, nous sommes en mesure de nous interroger comme madame Marie-Alix BROUSSARD en ces termes⁴¹⁹ : « *Ne sommes-nous pas en train d'assister à l'élaboration d'un double régime de protection ? Un régime protecteur pour le nom de domaine distinctif, récompense d'un choix arbitraire et un régime excluant une protection pour le nom de domaine descriptif ?* ».

Mais, le nom de domaine n'est pas une marque pour exiger qu'il soit nécessairement distinctif afin de valider son enregistrement et aussi le protéger. Il nous semble donc impossible d'imaginer que le nom de domaine au même titre que la marque, soit nécessairement distinctif pour bénéficier de la protection. Étant un signe distinctif de l'entreprise, le nom de domaine bénéficie de la protection dans les mêmes conditions que le nom commercial ou l'enseigne. A cet effet, l'arrêt du 26 mai 2004 de la chambre commerciale de la Cour de cassation pourrait nous éclairer : « *Attendu qu'en subordonnant l'existence d'un risque de confusion à l'originalité du signe constituant l'enseigne, alors que l'action en concurrence déloyale est ouverte à qui ne dispose pas d'un droit privatif, la Cour d'appel a violé le texte susvisé par refus d'application* »⁴²⁰.

407. Le nom de domaine peut être aussi protégé dans le cadre de la pratique commerciale trompeuse, à travers l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Selon cet article L. 121-1, une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent. Or le nom de domaine, bien que n'étant pas expressément cité dans l'énumération légale, constitue un signe distinctif de l'entreprise du cybercommerçant. Par conséquent, les dispositions du Code de la consommation permettent de protéger efficacement le nom de domaine.

408. A partir de l'enregistrement, le nom de domaine a une priorité d'usage sur une marque. A cet égard, les antériorités rendant le signe indisponible pourraient utilement s'inspirer de l'inventaire non exhaustif qu'en donne, en matière de marque, l'article L. 711-4

⁴¹⁸ CA Paris, 14^e ch., 25 mai 2005, D. 2005, n° 27, obs. C. Manara : Ne constitue pas un trouble manifestement illicite le fait d'utiliser le nom de domaine « services-funeraires.fr », pourtant quasi-identique à « servicesfuneraires.fr » enregistré par un concurrent. « *Seul est protégeable un nom de domaine distinctif* ».

⁴¹⁹ Marie-Alix BROUSSARD, La distinctivité, condition de protection du nom de domaine, RLDI 2005/10, n° 275

⁴²⁰ Cass. com. 26 mai 2004, Éd. Neressis SA c/ Cabinet Bernain SARL, PIBD 196/2004, III, p. 635

du Code de la propriété intellectuelle⁴²¹. Si l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle ne mentionne pas le nom de domaine parmi les droits antérieurs faisant obstacle au dépôt d'une marque, la liste de ces droits antérieurs donnée par ce texte n'est cependant pas limitative. Dès lors, un nom de domaine étant identifié à une enseigne ou à un nom commercial, peut constituer un droit antérieur susceptible d'annuler une marque déposée postérieurement s'il existe un risque de confusion.

Outre la démonstration d'un risque de confusion, l'antériorité due à un nom commercial ou à une enseigne est conditionnée par la preuve que le signe antérieur est connu sur l'ensemble du territoire. La loi n'exige pas que le nom commercial ou l'enseigne soient connus du public, mais simplement que le titulaire du signe exerce son activité sur l'ensemble du territoire. Cette condition est remplie par le cybercommerçant car son site Internet est accessible grâce au nom de domaine, à l'ensemble du territoire français et dans le monde entier. La conséquence est que les dispositions du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent dans le cadre de la protection du nom de domaine.

409. En définitive, l'usage commercial que le cybercommerçant fait des instruments techniques oblige à assurer leur protection par des mécanismes juridiques existants dans le cadre du commerce traditionnel. L'objectif est de parvenir au même degré de protection que le commerçant traditionnel. Cela est possible à travers l'efficacité des règles existantes pour appréhender les réalités d'Internet. La protection des instruments du cybercommerçant à savoir le site Internet et le nom de domaine, est donc assurée par les dispositions du Code civil, du Code de la propriété intellectuelle et du Code de la consommation, dans le cadre de l'exercice de son activité. En retour, les instruments du cybercommerçant ne doivent pas porter atteinte aux droits des tiers, d'où la protection des tiers.

B- La protection des tiers

410. Les nouvelles pratiques sont surtout liées au nom de domaine. Le mécanisme d'attribution des noms de domaine selon la règle du « premier arrivé, premier servi », a rapidement généré de nombreux conflits. On s'est aperçu qu'il permettait à certains déposants mal intentionnés de demander l'attribution d'un nom de domaine correspondant à une marque

⁴²¹ Grégoire LOISEAU, La nature juridique du nom de domaine, in Droit des technologies avancées : Marques et noms de domaine de l'Internet, vol 8 – n° 1/2001, p. 129-146

ou dénomination connue ou autre signe distinctif, ne leur appartenant pas pour bénéficier de sa notoriété et de son pouvoir attractif. Il a engendré également une nouvelle forme de racket, le cybersquattage⁴²², pratiquée par les entreprises spécialisées dans la réservation de noms de domaine correspondant à des marques ou autres signes distinctifs connus, obligeant ainsi, les titulaires des marques ou signes distinctifs à les racheter. Lorsque le nom de domaine est exploité, le risque de confusion dans l'esprit du public s'apprécie par rapport au contenu du site. Toutefois, il arrive des cas où le nom de domaine enregistré n'est pas exploité causant quelquefois un préjudice aux tiers. Toutes ces pratiques sont sanctionnées soit par des règles spéciales mais non spécifiques au cybercommerçant, soit par des règles générales. Les pratiques de cybersquattage sont poursuivies soit devant les tribunaux nationaux, soit devant les organismes mettant en œuvre les procédures alternatives de résolution des litiges.

1- Les règles spéciales non spécifiques au cybercommerçant

411. Les pratiques de cybersquattage sont sanctionnées par des règles spéciales émanant soit de la loi ou du contrat d'enregistrement. Il s'agit des articles L. 45-2 et L. 45-6 du Code des postes et des communications électroniques et des procédures alternatives de résolution des litiges dont le contrat d'enregistrement fait référence. Ces règles sont spéciales car elles s'appliquent exclusivement aux noms de domaine. Toutefois, elles ne sont pas spécifiques au cybercommerçant. Elles concernent tous ceux qui sont installés sur Internet, en permettant l'annulation ou le transfert du nom de domaine.

Selon l'article L. 45-2 du Code des postes et des communications électroniques, si le nom de domaine est susceptible de porter atteinte à l'ordre public et aux droits garantis par la Constitution ou la loi, aux droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, aux noms des personnes morales de droit public, dans ces situations, le nom de domaine est supprimé sauf si le titulaire démontre un intérêt légitime et agit de bonne foi⁴²³. L'article L. 45-6 du Code des postes et des communications électroniques donne la possibilité à toute personne justifiant d'un intérêt à avoir recours à l'office d'enregistrement soit l'AFNIC (.fr), l'Eurid (.eu) ou l'ICANN (.com,...) pour supprimer ou transférer à son profit le nom de domaine.

⁴²² Le cybersquattage est une occupation illégale du nom de domaine. Cette expression est utilisée par certains auteurs dont Jacques LARRIEU, *Droit de l'Internet*, précité, p. 54 et s.

⁴²³ Le Décret n° 2011-926 du 1er août 2011, relatif à la gestion des domaines de premier niveau correspondant aux codes pays du territoire national, donne les éléments caractérisant l'existence de l'intérêt légitime et de la bonne foi.

L'office d'enregistrement va mettre en œuvre la procédure alternative de résolution de litiges, qui est un ensemble de règles spéciales permettant de résoudre les litiges relatifs au nom de domaine. Toutefois, ces procédures ne s'appliquent pas exclusivement au cybercommerçant, mais concernent tous ceux qui possèdent un nom de domaine. C'est le cas de la procédure SYRELI (Système de résolution des litiges) de l'AFNIC, de la procédure ADR (*Alternative dispute resolution*) pour l'Eurid, et de l'UDRP (*Uniform domain name dispute resolution policy*) pour l'ICANN. La procédure alternative de résolution de litiges est placée sous l'égide des offices d'enregistrement ou d'organismes agréés à cet effet (le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, ...). Elle se déroule en ligne et est régie par des règles précises, interprétées et appliquées par des experts. Elle permet de régler dans un bref délai (deux mois) et à moindre coût les litiges relatifs au nom de domaine. La procédure est moins formelle qu'une action devant le tribunal et son champ d'application est international. Les principes directeurs et règles fixent le cadre juridique du déroulement de la procédure. Cette procédure trouve à s'appliquer quel que soit le lieu où se trouve le bureau d'enregistrement, l'identité du requérant ou du détenteur du nom de domaine, sa nationalité, sa situation géographique. Elle s'applique pour les domaines génériques et les domaines nationaux dès lors que ces règles sont expressément prévues dans le contrat d'enregistrement. L'aboutissement de la procédure permet d'ordonner l'annulation ou le transfert du nom de domaine. L'illustration est donnée par la décision du 8 décembre 2006 de l'expert qui a ordonné la transmission au profit de la société Les éditions de la RHF, du nom de domaine « Lechef.fr »⁴²⁴.

Toutefois, la procédure alternative de résolution des litiges n'est pas judiciaire, elle n'est pas non plus un arbitrage puisque les parties au litige ne sont pas liées contractuellement par un compromis d'arbitrage. Elle est simplement une procédure administrative, d'où la primauté du judiciaire à travers la suspension de l'exécution de la décision par le bureau d'enregistrement lorsque le tribunal est saisi, et l'absence d'effet sur la décision du juge.

2- Les règles générales

412. Devant les juridictions françaises, les moyens de lutte contre le cybersquattage sont tirés de l'arsenal juridique traditionnel : les articles 1382 et 1383 du Code civil, l'article

⁴²⁴ Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, Décision de l'expert Christine FÉRAL-SHUHL, 8 déc. 2006, Les éditions de la RHF SAS, Lechef.com c/ Lycos France ; Décision disponible sur le site de l'OMPI et sur le site Lagalis.net

L.716-1 du Code de la propriété intellectuelle (contrefaçon de marque) et l'article L. 121-1 du Code de la consommation (les pratiques commerciales trompeuses). Ces moyens traditionnels permettent alors de sanctionner de manière efficace le cybersquattage. La jurisprudence montre une grande souplesse puisque hormis l'action en contrefaçon en cas d'atteinte d'une marque, la concurrence déloyale et le parasitisme permettent d'éviter la création d'un trop grand nombre de droits spécifiques, ou tout au moins de ne pas légiférer dans l'urgence⁴²⁵.

413. Les moyens de lutte varient en fonction de la nature du signe distinctif ou du droit invoqué par la victime : marque, nom commercial, dénomination sociale, enseigne, nom patronymique, etc.

Pour la marque, c'est la plupart du temps soit l'action en contrefaçon, soit l'action en concurrence déloyale⁴²⁶. C'est donc en fonction du type de produits ou services offerts et de leur association avec un nom de domaine enregistré, qu'une sanction sera prononcée ou non. Ce qui caractérise l'atteinte, c'est que l'offre présentée sur le site Internet soit chapeautée du nom de domaine identique ou similaire. Ce qui est sanctionné, c'est le fait que l'ensemble : nom de domaine et contenu du site, soit perçu comme émanant du titulaire d'une marque ou crée la confusion chez le visiteur⁴²⁷. L'exploitant d'un signe distinctif est fondé à demander la protection si ce signe est utilisé par un tiers de façon préjudiciable. Il en est de même pour le nom de domaine qui permet d'atteindre le site Internet. L'interdiction d'usage d'un nom de domaine ne peut être que relative à un site Internet. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 novembre 2006 a censuré les juges qui n'avaient pas recherché si les produits et services que pouvaient offrir sur le site Internet les défenderesses, étaient identiques ou similaires à ceux visés dans le dépôt de la marque du demandeur : ces juges n'avaient pas constaté le caractère sérieux de l'action en contrefaçon engagée par ce dernier, tel que prévu par l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle⁴²⁸.

S'agissant de l'usurpation des autres signes, la victime peut agir en concurrence déloyale. Elle doit démontrer l'antériorité de son droit à la dénomination sociale⁴²⁹ ou au nom commercial⁴³⁰ et prouver un risque de confusion.

⁴²⁵ Laure MARINO, Internet et concurrence déloyale, Comm. com. électr. n° 11, nov. 2007, p.7-10

⁴²⁶ TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 29 oct. 2010, SNCF c/ Benoît M., RLDI 2010/66, n° 2168; Voir Dreyfus N., Récupération d'un nom de domaine : procédure judiciaire ou extrajudiciaire ? Le choix de la SNCF, RLDI 2011/68, n° 2119

⁴²⁷ Cédric MANARA, Le droit des noms de domaine, précité n° 326 et 327 p. 279

⁴²⁸ Voir Cass. com., 14 nov. 2006, obs. P. Mozas, LPA, n° 130, 30 juin 2008, p. 15

⁴²⁹ TGI Paris, 3^e ch., 7 juin 2006, Sté Hôtels Méridien c/ Sté Méridiana Hôtel, RLDI 2006/19, n° 568

⁴³⁰ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 28 juin 2006, Sté Bdpme c/ Richard A., RLDI 2006/19, n° 531

414. Il y a cybersquattage même si le cybersquatteur n'exploite pas le nom de domaine. L'existence du nom de domaine peut être sanctionnée, malgré l'absence de site Internet. Dès lors en ayant enregistré un nom de domaine auprès de la structure de nommage sans l'exploiter pour autant, le déposant bloque un nom de domaine sans justification. Tant que le contrat d'enregistrement subsiste, la structure de nommage, qui n'est pas censée s'immiscer dans les relations privées de ses clients et des tiers est bien fondée à refuser d'enregistrer un nom similaire. Mais, le déposant ne mérite pourtant pas la protection du droit au regard du caractère fonctionnel du nom de domaine. C'est donc en sa personne que le blocage se situe, et c'est en lui qu'il doit se dénouer. Il reste donc à trouver le moyen juridique pour le faire.

Pour remettre un nom de domaine dans le commerce, la première technique juridique qui vient à l'esprit est celle de la responsabilité civile délictuelle. C'est par l'intermédiaire des articles 1382 et 1383 du Code civil que l'on peut aborder la question pour engager la responsabilité pour faute du cybersquatteur lorsque l'exploitation du nom de domaine, à travers le site Internet, ne pouvait être invoquée.

La deuxième technique juridique qui peut être proposée, est fondée sur l'application du droit commun des contrats. Elle repose sur l'article 1133 du Code civil et consiste en la nullité absolue du contrat pour cause illicite. La cause est le mobile, la raison concrète qui amène à contracter. La cause d'un contrat est illicite lorsqu'elle est contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. L'illicéité de la cause étant frappée de nullité absolue, autorise toute personne justifiant d'un intérêt à agir, à soulever la nullité. Le nom de domaine peut être réservé pour empêcher le titulaire d'une marque ou d'autres signes distinctifs, de réserver ces signes en tant que noms de domaine. Le titulaire des signes distinctifs doit établir l'illicéité du contrat d'enregistrement afin d'obtenir l'annulation du contrat. L'intérêt réside dans le fait qu'un tiers au contrat, peut faire échec à l'enregistrement du nom de domaine sans avoir à attendre qu'il en soit fait usage⁴³¹.

Pour monsieur le Professeur STOFFEL-MUNCK⁴³², il faut orienter la réflexion vers la notion de « cessation de l'illicite » : *« Enracinée dans la défense des droits subjectifs (propriété notamment), elle s'étend au-delà (mesures coercitives du droit de la concurrence, action en cessation en matière de clauses abusives, etc.) et trouve une expression autonome et générale dans les dispositions de l'article 809 du Nouveau Code de procédure civile qui permettent au juge des référés de prendre toute mesure conservatoire ou de remise en état de nature à faire*

⁴³¹ Cédric MANARA, Le droit des noms de domaine, précité, n° 337 et s., p. 287 et s.

⁴³² Philippe STOFFEL-MUNCK, Contrat de construction de site et nom de domaine : Comm. com. électr., avr. 2004, comm. 30, p. 28-29

cesser un trouble manifestement illicite. N'est-ce pas dans ce registre qu'il convient de puiser la solution à l'occupation injustifiée d'un nom de domaine ?... Il s'agit d'une sorte d'action, objective, en déchéance de nom de domaine, puisant sa légitimité dans la nature fonctionnelle de ce signe mystérieux ».

415. Il existe trois mesures se fondant sur le droit commun, en matière de litiges relatifs au nom de domaine : le blocage du nom de domaine litigieux qui est une mesure conservatoire, la suppression du nom ou son transfert au bénéfice du requérant. Ces mesures ne sont pas spécifiques au cybercommerçant mais s'appliquent à tous. Concernant le transfert du nom de domaine, il ne peut plus être obtenu en référé. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 juin 2009⁴³³ a reconnu qu'en ordonnant le transfert du nom de domaine « sunshine.fr », le premier juge a excédé ses pouvoirs de juge de référé, au motif qu'une telle mesure ne constitue ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, mais relève par nature des seuls pouvoirs des juges du fond.

Ainsi, que le cybersquatteur commette une faute ou pas, peu importe. Il suffit simplement de constater que ce dernier bloque un nom de domaine qu'il n'est pas justifié à se réserver, car il ne l'exploite pas. Les remèdes sont toujours puisés dans le droit commun. Il n'a pas été question de proposer l'élaboration d'une législation spécifique au cybercommerçant.

416. En conclusion de cette section, il faut retenir que la qualification juridique des instruments techniques et la reconnaissance juridique de leur dimension commerciale, a pour but de faciliter l'exercice de l'activité du cybercommerçant. Pour le cybercommerçant, le nom de domaine reconnu juridiquement comme une adresse technique, constitue un identifiant commercial qui permet de drainer la clientèle. Il joue de ce fait le rôle de nouveau signe distinctif, protégé par le droit commun. Le site internet, qualifié d'œuvre de l'esprit et protégé par le droit de la propriété intellectuelle, a été assimilé à un espace commercial. Désormais, le cybercommerçant est placé dans les mêmes conditions que le commerçant traditionnel pour exercer son activité. Cela doit permettre au cybercommerçant de bénéficier comme le commerçant traditionnel, du fonds de commerce.

⁴³³ Cass. com., 9 juin 2009, André Dobosz c/ Sunshine, AFNIC et OVH, RLDI 2009/51, n° 1662 ; Olivier SARDAIN, Arrêt Sunshine : éclairage sans éclaircie sur le régime des noms de domaine, RLDI 2009/51, n° 1662 ; confirmant CA Paris, 16 janv. 2008, André Dobosz c/ Sunshine, AFNIC et OVH, RLDI 2008/37, n° 1147 ; Comm. com. électr. 2008, comm. 53, note C. Caron

Section 2- Le fonds de commerce

417. Le fonds de commerce est l'outil économique permettant à tout commerçant d'exercer son activité. L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants nécessite d'appliquer les règles générales aux instruments que ce dernier utilise pour exercer son activité. L'activité commerciale effectuée sur Internet réunit toutes les caractéristiques d'un fonds de commerce : un ensemble d'éléments corporels et incorporels sont spécifiquement agencés en vue de la création et de l'exploitation d'une clientèle. Le développement du commerce électronique a déjà nourri une discussion sur la réalité du fonds de commerce constitué par l'exploitation d'une activité sur Internet et sur l'existence d'une clientèle attachée à ce type d'activités. Il ressort de cela que rien ne permet de contester l'existence d'une clientèle et donc la réalité d'un fonds de commerce dont serait titulaire le cybercommerçant. La solution semble s'imposer car, du point de vue de la commercialisation, rien ne distingue le commerce électronique du commerce télématique, téléphonique, ou par correspondance⁴³⁴. La reconnaissance du fonds de commerce électronique semble répondre à un vaste mouvement qui place la notion d'activité économique au centre des constructions juridiques. Le droit tend à protéger les efforts fournis par un professionnel pour développer une activité, peu importe le lieu d'exercice de l'activité, peu importe le support utilisé. L'extension de la notion de fonds de commerce au cybercommerçant doit permettre à ce dernier de financer plus facilement son activité. Le fonds de commerce devient donc la garantie d'un crédit.

Il ressort de cela que l'extension de la notion de fonds de commerce dans l'univers du cybercommerçant est possible (Paragraphe 1) en vue de constituer la garantie d'un crédit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- L'extension de la notion de fonds de commerce

418. Le fonds de commerce ne fait pas l'objet d'une définition légale. La loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce distingue seulement les divers éléments qui entrent dans sa composition. La jurisprudence⁴³⁵ estime que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce. Cependant, la doctrine contemporaine

⁴³⁴ Didier FERRIER, La distribution sur l'internet, précité, p. 14-17

⁴³⁵ Cass. com. 29 mai 1953, JCP 1953. II. 7720, note Cohen ; Cass. civ. 10 juill. 1953, D. 1953. 598 ; Cass. com. 23 mai 1960, Bull. civ. III, n° 192

conteste cette règle et fait valoir que la clientèle qui est le but de l'exploitation, ne saurait être un élément du fonds. Si la remarque est logique, elle n'a guère eu d'incidence sur la position de la jurisprudence. La clientèle conditionne l'existence du fonds de commerce. La clientèle existe aussi dans l'univers numérique (I). Toutefois, la clientèle ne saurait exister, sans un ensemble de moyens permettant de l'attirer et de la conserver. Ces éléments supports de la clientèle qui existent dans le commerce traditionnel, se retrouvent aussi dans le commerce électronique (II).

I- L'existence d'une clientèle

419. La clientèle n'a reçu aucune définition légale. Elle est seulement envisagée par le législateur qui en fait un élément du fonds dans l'opération de nantissement et de cession. Il est donc revenu à la jurisprudence de consacrer son rôle déterminant dans l'existence même du fonds de commerce. Toutefois, loin de la définir, la jurisprudence a mis en valeur les caractères liés à la clientèle. Afin d'attribuer au cybercommerçant la propriété d'un fonds de commerce, il est nécessaire de vérifier l'existence d'une clientèle. Les caractères classiques de la clientèle vont s'appliquer sur le réseau numérique. Le fonds de commerce se réalise par l'existence d'une clientèle certaine et réelle (A) et par l'existence d'une clientèle personnelle ou propre au cybercommerçant (B).

A- Le caractère réel de la clientèle

420. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation décide que de tous les éléments du fonds, la clientèle représente le plus essentiel, sans lequel un fonds ne saurait exister. Ni la loi, ni la jurisprudence ne donnent la définition de la clientèle. Il est donc revenu à la doctrine de proposer des définitions de la clientèle, sans parvenir à un consensus. Ces définitions se retrouvent aussi dans l'univers numérique (1). En outre, la jurisprudence affirme clairement que pour avoir un fonds de commerce, il faut que la clientèle soit réelle (2). Cela permet de faire une confrontation entre clientèle proprement dite et achalandage, les deux notions étant énumérées par la loi, et de rappeler la licéité de la clientèle (3). Ce caractère réel et licite de la clientèle s'affirme aussi dans le commerce électronique.

1- Les définitions de la clientèle appliquées à l'univers du cybercommerçant

421. La doctrine utilise deux approches pour définir la clientèle. Dans une approche juridique, la clientèle est définie comme « *l'ensemble des personnes se fournissant chez un commerçant ou recourant à ses services* »⁴³⁶, ou comme « *un ensemble de relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et le titulaire d'un poste professionnel résultant de l'attraction conjuguée de facteurs matériels et personnels* »⁴³⁷. Dans une approche économique, la clientèle est « *une unité de mesure, un volume d'affaires, l'expression d'un chiffre d'affaires* »⁴³⁸.

422. Le réseau Internet constituant simplement un nouveau mode de commercialisation, les règles classiques trouvent pleinement à s'appliquer dans l'univers numérique. Des milliers de personnes font leurs achats sur Internet. Le processus est le même que ce qui se passe dans le commerce traditionnel. Là où les clients se rendent physiquement dans la boutique du commerçant traditionnel, les internautes se rendent sur le site du cybercommerçant.

Si on définit une clientèle à travers l'approche juridique, comme un ensemble de personnes disposées à entretenir des relations contractuelles avec un commerçant, on peut affirmer la réalité de la clientèle sur le réseau numérique.

Si on définit encore la clientèle à travers l'approche économique, le cybercommerçant réalise aussi des chiffres d'affaires. Et cette unité de mesure se retrouve dans le commerce électronique. Les chiffres en témoignent⁴³⁹ : 31 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2010 pour le commerce électronique, soit une progression du chiffre d'affaires de 10% en 2010. Le nombre d'acheteurs en ligne a subi une augmentation de 15% en 2010, pour atteindre 28 millions à la fin du premier trimestre 2011.

Il ressort de cela que les définitions données à la clientèle s'appliquent sur le réseau numérique. Nous pouvons affirmer qu'il existe une clientèle dans l'univers du cybercommerçant. Il revient à déterminer si la cyberclientèle obéit au caractère imposé par la jurisprudence.

⁴³⁶ Michel JEANTIN, Biens de l'exploitation, Jurisclasseur entreprise individuelle, fascicule 1060, actualisé par N. REBOU

⁴³⁷ Pierre COLOMB, La clientèle du fonds de commerce, RTD com. 1979, p. 1

⁴³⁸ Pierre COLOMB, La clientèle du fonds de commerce, précité, p. 1

⁴³⁹ Information disponible sur : www.fevad.com, source : Médiamétrie – Observatoire des usages Internet – Premier trimestre 2011

2- La cyberclientèle soumise aux exigences de la jurisprudence

423. Le législateur n'a pas employé le terme de clientèle isolément mais a utilisé la formule « clientèle-achalandage » à l'article L. 141-5 du Code de commerce concernant le privilège du vendeur et à l'article L. 142-2 du Code de commerce relatif au nantissement. Si la doctrine opère une distinction entre les notions de clientèle et d'achalandage, la jurisprudence quant à elle, ne prend en compte que la clientèle proprement dite, à l'exclusion de l'achalandage. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mai 1988⁴⁴⁰, affirme clairement pour trancher le débat que « *il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a pas ou lorsqu'il n'y a plus de clientèle qui s'y trouve rattachée* ». Un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 12 décembre 1990⁴⁴¹ a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 6 juin 1987, qui a refusé de donner une existence juridique à l'achalandage, estimant que « *la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce que l'achalandage ne peut suppléer* ». Il ressort de cela que pour que le fonds existe, la jurisprudence considère que la clientèle doit être « *réelle et certaine* » et « *non potentiel ou virtuel* »⁴⁴².

424. Dans le cybercommerce, comme dans le commerce traditionnel, la clientèle apparaît bien comme l'élément essentiel du fonds de commerce. On retrouve d'ailleurs les distinctions traditionnelles de clientèles sur Internet comme dans le commerce physique. On peut de la sorte identifier l'achalandage et la clientèle fidèle.

La clientèle occasionnelle ou achalandage est l'aptitude du fonds de commerce à attirer du public par son emplacement. L'internaute qui surfe sur Internet à la recherche d'un produit déterminé ou par simple esprit de promenade se trouve amené devant les pages d'accueil de tel ou tel site qui constituent comme la vitrine de la boutique. Un site bien référencé peut être comparé à un commerce bien situé. L'internaute est amené à se déplacer d'un site à l'autre, à la recherche du meilleur prix ou du meilleur service. Le réseau offre à l'internaute un terrain facile de comparaison des produits ou services vendus. Les clients seront des clients de passage et d'opportunité. L'importance de l'achalandage dépendra de la qualité du référencement du site sur les moteurs de recherche ou du nombre de liens hypertextes ou de bandeaux publicitaires que le cybercommerçant aura su semer. C'est ce qui fait dire à monsieur le Professeur Didier FERRIER⁴⁴³, qu'un site n'est pas à proprement à mesure de

⁴⁴⁰ Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 180, p. 126 ; JCP, 1988, IV, 275 ; RTD com. 1988, p. 609, note Derrupé ; Voir aussi Cass. com., 3 févr. 1970, D. 1970, J, p. 626

⁴⁴¹ Cass. com. 12 déc. 1990, Gaz. Pal. 1990, 2, p. 413

⁴⁴² Cass. com. 31 mai 1988, Bull. civ IV, p. 126

⁴⁴³ Didier FERRIER, La distribution sur l'Internet, JCP E. 2000. Suppl. n° 2, p. 14-17

créer la clientèle, mais un simple achalandage. En effet, comme le chaland est attiré par la localisation du commerce, l'internaute est attiré par un référencement efficace sur la toile.

L'avènement du commerce électronique révèle donc la force de la notion d'achalandage. Plus précisément, la clientèle, en raison de sa dilution dans l'espace, devient ici l'achalandage. En substance, la clientèle serait constituée par l'ensemble des personnes attirées par la personnalité propre du commerçant, tandis que l'achalandage serait l'ensemble des personnes attirées par la localisation du fonds.

L'accent mis sur l'achalandage vise donc à marquer le recul sur le réseau numérique de la personnalisation des rapports entre le client et le commerçant. Ce constat découlerait de la généralisation du phénomène de distanciation des contractants. Il est vrai que la résurgence de cette notion d'achalandage, se fonde sur la circonstance que la relation que noue l'acheteur se réalise avec une machine et non directement avec le commerçant. Il s'agit de contrats à distance. La dépersonnalisation des relations fait que les clients ne sont attirés que par les éléments objectifs de l'entreprise. Cette opinion a le mérite de mettre l'accent sur l'importance du référencement et de la politique de la signalisation dans le commerce électronique. Elle marque alors l'existence de l'achalandage. Cette opinion est toutefois réductrice. On peut attacher au cybercommerçant une véritable clientèle afin de reconnaître l'existence d'un fonds de commerce.

425. Le client n'entre pas en contact direct avec le cybercommerçant. Mais, la chose n'est pas vraiment nouvelle. On recourt également, dans le secteur de la vente par correspondance, à la formule du contrat entre absents, et nul n'a prétendu que le fonds de commerce des entreprises de vente par correspondance reposerait sur la notion d'achalandage. Toutefois, si l'absence de contact direct caractérise le commerce électronique, tout contact personnalisé n'est pas pour autant exclu, et cela par la personnalisation de masse, reposant sur un marketing personnalisé⁴⁴⁴. Il convient de remarquer qu'il existe d'autres éléments d'attraction que la localisation et le référencement. La clientèle revient souvent sur un site dont elle est satisfaite, et pourra même placer l'adresse électronique du cybercommerçant dans ses favoris. En outre, elle peut disposer d'un compte, avec code d'accès, où ses coordonnées sont inscrites.

Dans le commerce traditionnel, la valeur du fonds de commerce découle des informations que le commerçant détient sur sa clientèle. La gestion des relations avec la clientèle se définit comme les efforts fournis par un commerçant pour attirer et retenir la clientèle. Il en est de

⁴⁴⁴ Alain RONZANO, Clientèle et fonds de commerce, in *La clientèle appropriée : Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, éd. Litec 2004, p. 187-225

même pour le commerce électronique. L'utilisation de l'outil informatique et la gestion électronique ont affiné la collecte d'informations jusqu'à permettre une connaissance précise du profil du client. Les nouveaux moyens informatiques de gestion de la clientèle se concrétisent fréquemment par un archivage de données propres à chaque client qui constitue un capital. Cette gestion de la relation client a pour objectif de fidéliser la clientèle. L'exactitude des moyens informatiques utilisés permet de définir précisément le nombre de personnes connectées au site par l'intermédiaire de logiciels de comptage. Ces outils technologiques indiquent même tous les produits consultés par le client et la durée de la session. Le cybercommerçant dispose ainsi des données très détaillées et extrêmement utiles pour déterminer l'attractivité de sa boutique électronique, les habitudes de consommation de ses clients et pour évaluer le pouvoir d'achat de sa clientèle⁴⁴⁵. Le cybercommerçant peut alors distinguer les clients « chaland », ceux qui passent commande, des clients habituels. Aussi, le cybercommerçant conserve les données relatives aux habitudes d'achat de son client, afin de lui proposer directement les produits correspondant à ses centres d'intérêt dès qu'il se connecte sur le site, voire en lui adressant des offres par courriers électroniques, si le client a autorisé cette option⁴⁴⁶.

Les moyens du cybercommerçant pour conquérir, conserver, fidéliser la clientèle sont les mêmes que ceux utilisés par le commerçant traditionnel. Comme le commerçant traditionnel, le cybercommerçant est amené à créer des habitudes de consommation, à donner confiance aux internautes. C'est le rapport qualité/prix qui est mis en exergue. Cela passe aussi par la mise en place de mécanismes sûrs de paiement, par la qualité du service après-vente, par le respect des délais ou par l'octroi de divers avantages financiers : rabais, remises, primes, facilités de paiement (délai, crédit), soldes, promotions, ou encore par le biais de l'apposition sur le site de labels de qualité⁴⁴⁷. Par ailleurs, le site n'empêche pas un dialogue sur les blogs dédiés aux clients, dans leur espace personnel ou par la mise en place de plate-forme téléphonique. La relation commerciale entretenue par le cybercommerçant n'est pas réductible à celle initiée avec une simple machine. Il existe une clientèle certaine et réelle dans le commerce électronique qui permet au cybercommerçant d'avoir un fonds de commerce à la condition que son activité soit licite.

⁴⁴⁵ Bruno DUBOS, Essai sur la notion de fonds de commerce électronique, Thèse Toulouse 2008, p. 182 et s., n° 451 et s.

⁴⁴⁶ Philippe STOFFEL-MUNCK et Georges DECOCQ, L'avènement du fonds de commerce électronique, Gaz. Pal., 04 juin 2009, n° 151-155, p. 52-63

⁴⁴⁷ Thibault VERBIEST et Maxime LE BORNE, Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?, Gaz. Pal., 23 oct. 2002, n° 296, p. 21-26

3- Le caractère licite de la clientèle

426. Selon un principe traditionnel, il ne peut y avoir de fonds de commerce juridiquement reconnu que si l'activité exercée est licite. Cette règle se trouve transposée dans l'univers numérique. Le commerçant de l'univers numérique ne peut disposer d'un fonds de commerce si son activité est illicite. Nous avons vu que certaines activités sont soit interdites de manière générale, ou sur Internet, soit soumises à une autorisation⁴⁴⁸. Si ces exigences ne sont pas satisfaites, la clientèle est illicite, et le cybercommerçant ne pourra prétendre être titulaire d'un fonds de commerce. L'activité justifie l'existence du fonds de commerce : elle est son but, sa fin. La réunion de biens dans cette organisation spéciale qu'est le fonds de commerce puise sa raison d'être dans l'exploitation d'une activité. Le professionnel du commerce électronique doit donc respecter les lois régissant son activité, l'ordre public et les bonnes mœurs. Le caractère certain et licite de la clientèle se retrouve sur le réseau Internet pour conférer au cybercommerçant un fonds de commerce.

427. En somme, le cybercommerçant attire la clientèle autant par sa signalisation dans l'univers numérique que par sa bonne réputation ou notoriété. C'est par un mélange d'éléments objectifs et subjectifs que se fidélise la clientèle. Ces pratiques révèlent suffisamment l'existence d'une clientèle fidèle, sans oublier la présence aussi de l'achalandage. L'avènement du cybercommerçant contribue au renouvellement des définitions et distinctions traditionnelles de la clientèle. La pratique de la gestion personnalisée grâce aux fichiers informatiques de clientèle a une influence sur la jurisprudence. Elle lui permet d'avoir une conception moins abstraite de la notion de clientèle, en faisant la distinction nette entre clientèle fidèle et clientèle occasionnelle. L'exigence d'une clientèle certaine et réelle se réalise sur le réseau numérique. En outre, pour permettre au cybercommerçant d'avoir un fonds de commerce, il faut l'existence d'une clientèle personnelle.

⁴⁴⁸ Voir *supra* n° 274 et s.

B- Le caractère personnel de la clientèle

428. Selon la jurisprudence, « *ne constitue pas un fonds de commerce un établissement sans clientèle propre* »⁴⁴⁹. La clientèle existe, mais le cybercommerçant peut-il être considéré comme titulaire de cette clientèle pour bénéficier du fonds de commerce ? La question mérite d'être posée dans la mesure où la relation contractuelle ne se noue jamais directement entre le cybercommerçant et le client. Un certain nombre d'intermédiaires s'interpose. Ces intermédiaires pourraient revendiquer un droit sur cette clientèle de la même façon que le propriétaire d'un fonds dominant peut revendiquer un droit sur le courant d'affaires généré par un commerce enclavé⁴⁵⁰. Il ressort de cela que le caractère personnel de la clientèle se pose dans deux situations en ce qui concerne le cybercommerçant. La première hypothèse est celle où le cybercommerçant exerce exclusivement ses activités sur Internet (1). Et la deuxième hypothèse est celle où le cybercommerçant exerce ses activités tant dans le monde physique que sur Internet (2).

1- L'exercice exclusif de l'activité sur Internet

429. Ici, le cybercommerçant exerce exclusivement ses activités sur Internet. Les problématiques juridiques liées à la titularité de la clientèle dans le commerce traditionnel, se retrouvent également en matière de cybercommerce. Ainsi du caractère personnel de celle-ci, on connaît la jurisprudence qui refuse de reconnaître la titularité d'un fonds à l'exploitant d'une buvette installée dans un champ de courses au motif que la clientèle est celle de l'hippodrome. Cette question du caractère personnel de la clientèle se pose dans deux situations. La première situation concerne les intermédiaires techniques à savoir le fournisseur d'hébergement et le fournisseur d'accès Internet qui sont nécessaires au cybercommerçant pour l'exercice de son activité. La deuxième situation est relative à la cybergalerie ou galerie marchande virtuelle. Ici, le cybercommerçant est intégré dans un réseau de distribution pas dans le monde physique mais dans l'univers numérique.

430. La première situation concerne les prestataires techniques que sont le fournisseur d'hébergement et le fournisseur d'accès Internet.

⁴⁴⁹ Cass. com. 16 janv. 1990, JCP 1991. II. 21662

⁴⁵⁰ Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, Fonds de commerce, précité, n° 12.54, p. 89

Selon une jurisprudence bien établie, le cafetier qui possède une buvette dans l'enceinte d'un hippodrome, n'a pas de clientèle propre, donc pas de fonds de commerce. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 24 avril 1970⁴⁵¹, a estimé que la clientèle appartient à la société des courses. Le cybercommerçant a recours à un prestataire pour héberger son site Internet. En-est-il de même pour le commerçant de l'univers numérique ?

Le site visité par le client se trouve, en un sens, localisé chez l'hébergeur. En effet, c'est bien sur le serveur informatique de ce prestataire que sont abritées les données numériques qui formalisent le site du cybercommerçant. Toutefois, le client ne contracte pas avec l'hébergeur ; il ne lui demande rien et ne le connaît pas. La clientèle de l'hébergeur, ce sont les cybercommerçants, pas les internautes qui s'adressent aux commerçants de l'univers numérique. Le fournisseur d'hébergement ne peut donc être titulaire du fonds de commerce, créé grâce au site du cybercommerçant.

431. Les acheteurs n'accèdent au site Internet du cybercommerçant (l'équivalent de la buvette) que si, au préalable, ils se sont connectés au réseau Internet grâce à un fournisseur d'accès (l'équivalent du droit de pénétrer dans l'enceinte du champ des courses hippiques) quelconque. Dans ces conditions, les acheteurs ne sont-ils pas davantage les clients du fournisseur d'accès à Internet que ceux du cybercommerçant ?

Pareillement, il serait faux de rattacher la clientèle électronique des sites au fournisseur d'accès. Certes, cette fois, l'internaute connaît son fournisseur d'accès et contracte avec lui. Pour autant, quand il se rend sur le site électronique, ce n'est aucunement en considération du fournisseur d'accès. Et le « principe de la neutralité du net » impose au fournisseur d'accès de ne pas filtrer les sites auxquels l'internaute peut accéder. En dépit des apparences, le cybercommerçant n'est pas exactement dans le même cas que le patron de la buvette. Les parieurs ne pouvaient accéder à la buvette qu'en passant par le champ des courses et pendant ses heures d'ouverture. Le site Internet du cybercommerçant (sa buvette) est accessible partout et en tout temps, peu importe l'intermédiaire technique qui a fourni à l'acheteur les moyens de connexion à Internet.

L'analogie avec la jurisprudence des buvettes des champs de courses est donc intenable. Le fournisseur d'accès et l'hébergeur sont bien des passages obligés sur le chemin qui mène au cybercommerçant. Pour autant, les commandes qui sont passées sur son site ne sont pas imputables à ces intermédiaires. Aussi, les fournisseurs d'accès et d'hébergement sont multiples, et l'on peut les changer sans que cela ait un impact sur le site Internet. L'ensemble

⁴⁵¹ Cass. Ass. Plén. 24 avr. 1970, JCP G 1970. II. 16489

des personnes qui passent commande au professionnel du commerce électronique, forment donc bien, sa clientèle propre.

432. Pour conforter l'existence du fonds de commerce, marquée par une clientèle autonome, l'analogie peut être utilisée avec les entreprises de vente à distance. En effet, tous les jours des personnes acquièrent des biens par l'intermédiaire des émissions de télévision « téléachat » ou en téléphonant à une société spécialisée dans la vente par correspondance. Personne n'a refusé à la Redoute (la Redoute a aujourd'hui des magasins physiques) ou aux 3 Suisses une clientèle propre⁴⁵². Alors que les entreprises de vente par correspondance utilisaient, (car ils ont un site aujourd'hui) « un catalogue réel », le cybercommerçant s'illustre par « un catalogue virtuel » au moyen de pages web. Dans les deux types de commerce à distance, les commandes de produits ou de services peuvent être réalisées par téléphone ou par l'envoi d'un bon de commande. Or, s'il ne fait aucun doute que les entreprises de vente par correspondance disposent d'une clientèle propre, comment la refuser aux entreprises exerçant leurs activités sur Internet, sans tomber dans la contradiction⁴⁵³? Par analogie, le commerçant de l'univers numérique ne devrait pas être soumis à un régime différent.

433. La deuxième situation est relative à la cybergalerie. Des difficultés peuvent surgir lorsque l'opérateur du commerce électronique est intégré dans un réseau de distribution pas dans le monde physique mais dans l'univers numérique.

On retrouve sur Internet, exactement comme dans la vie réelle, des galeries marchandes. Il s'agit d'un ensemble de sites commerciaux, réunis en un même lieu virtuel et soumis à une discipline collective : celle de l'entreprise qui organise la galerie. Lorsque le site de l'un de ces commerçants n'est accessible sur le réseau qu'au travers des pages de la galerie marchande, ne doit-on pas considérer que ce cybercommerçant ne génère aucune clientèle propre et ne dispose pas en conséquence d'un fonds de commerce ?

434. Il est justifié de se demander si cette situation de dépendance rencontrée dans le monde réel, peut se rapprocher de celle des opérateurs économiques s'interposant entre une clientèle et un commerce électronique. Il existe en effet des similitudes. La galerie virtuelle agit comme un fonds enclavant le site du cybercommerçant, obligeant l'internaute à passer la

⁴⁵² Richard DESGORCES, Notion de fonds de commerce et Internet, Comm. com. électr., mars 2000, chron. 6, p. 14-15

⁴⁵³ Fernando SILVA, Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique ?, droit-tic n°31, 1^{er} juill. 2004, p. 25-27, publié sur le site Internet de droit-tic, le 17 juill. 2004

porte de la galerie virtuelle, comme le client d'un magasin situé dans une galerie marchande passe par l'entrée du centre commercial. Sur le fondement des solutions du commerce classique, le cybercommerçant enclavé dans la galerie virtuelle, n'a pas de clientèle propre. Toutefois, l'évolution amorcée par la jurisprudence en 2002⁴⁵⁴ en matière de franchise permet au commerçant de bénéficier désormais d'une clientèle propre sous certaines conditions : le commerçant franchisé a une clientèle personnelle s'il agit à ses risques et périls et met en œuvre des éléments qui lui permettent de développer son activité⁴⁵⁵.

435. Pour déterminer si la clientèle est personnelle à l'exploitation du commerce inclus, la jurisprudence s'attache à vérifier si le commerçant dispose d'une réelle liberté dans les modalités d'organisation de son entreprise. Elle retient le critère de la dépendance commerciale. Elle considère deux éléments pour apprécier l'autonomie ou au contraire la dépendance organique : qui décide la politique commerciale (choix des jours et horaires d'ouverture au public, organisation des actions publicitaires, fixation de la politique de prix,...) ? Qui est à l'origine des principaux moyens matériels d'exploitation ?

Il ressort de cela que pour être titulaire d'un fonds de commerce, le cybercommerçant doit démontrer que la notoriété de son site dispose en elle-même d'un potentiel d'attraction de la clientèle. Il doit donc apporter la preuve qu'il a une clientèle liée à une activité personnelle, indépendamment de l'attrait de la galerie, et donc que l'élément du fonds qu'il apporte, prévaut. Dans ce cas, le commerçant de l'univers numérique peut faire partie d'une cybergalerie et avoir un fonds de commerce, s'il remplit ces critères jurisprudentiels. En effet, le cybercommerçant peut accéder à la clientèle par d'autres « chemins », et notamment à travers une adresse « Url » propre. Concrètement cela signifie que l'internaute qui, la première fois, s'est rendu sur les pages du site du cybercommerçant en passant par la cybergalerie, aura toute possibilité d'y revenir, mais cette fois directement. L'affiliation à une galerie marchande n'est pas incompatible avec l'existence d'un fonds de commerce électronique.

⁴⁵⁴ Cass. com. 27 mars 2002, D. 2002. 1487, obs. Chevrier : « *Si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé (...) cette clientèle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls* »

⁴⁵⁵ Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, Fonds de commerce, précité, n° 13.21, p. 81 et s.

2- L'exercice d'une activité mixte

436. L'exigence que l'activité soit exercée avec autonomie par le cybercommerçant conduit à s'interroger sur l'hypothèse où une entreprise exerce à la fois une activité dans le monde physique et dans l'univers numérique. C'est le cas de la branche d'activité. La notion de branche d'activité est une pure création jurisprudentielle, destinée à prendre en compte le caractère mouvant et évolutif de toute exploitation commerciale. Une branche autonome d'activité a en principe une clientèle propre. La jurisprudence⁴⁵⁶ prend en compte le critère de l'unité ou de l'hétérogénéité de la clientèle pour décider des incidences sur la substance du fonds.

Certains auteurs⁴⁵⁷ ont critiqué le critère de l'identité ou de la dualité des clientèles lui reprochant son caractère aléatoire et malaisé à mettre en œuvre. Ils proposent de le substituer au critère de l'unité de l'exploitation ou de l'organisation de l'entreprise. Dès lors, la branche nouvelle ne donnera naissance à un nouveau fonds, non pas lorsqu'elle sollicite une clientèle distincte, mais uniquement si son exploitation est substantiellement détachée de l'exploitation du fonds initial. Il en ira ainsi lorsque les éléments d'attraction de la clientèle (nom commercial, enseigne, localisation, matériel...) sont différents d'un fonds à un autre⁴⁵⁸. La pluralité d'activités ne devrait pas constituer un obstacle insurmontable si elle apparaissait suffisamment distincte.

437. La solution est transposée au commerce électronique. Si le commerçant développe sur Internet une nouvelle activité totalement détachée de celle du commerce traditionnel, il dispose d'une nouvelle clientèle, donc d'un fonds de commerce sans lien juridique avec le précédent. Ce fonds suppose que le site Internet a une clientèle propre, distincte de celle attaché au fonds traditionnel. Il faut donc rechercher si l'offre de biens et services satisfait la même demande que celle du magasin physique. Pour ce faire, il faut s'appuyer sur un faisceau d'indices, notamment la similitude ou la différence des biens et services offerts par Internet et dans le monde physique, l'origine géographique de la clientèle du site et du magasin physique, l'aptitude de tout ou partie de la clientèle à considérer le site Internet et le magasin comme des sources interchangeable ou non, la différence ou la

⁴⁵⁶ Cass. Com. 14 avr. 1992, n° 89-20.908, Bull. civ. IV, n° 161 ; D. 1994. Somm. 53, obs. Rozès : La Cour a estimé que le contrat s'analysait bien comme une cession de bail accompagnant la cession d'un fonds, car la branche d'activité, avec sa clientèle propre, constituait un fonds de commerce indépendant de celui exploité dans les locaux du premier étage

⁴⁵⁷ Raymond LE GUIDEDEC et Philippe SIMLER : Cass. Civ. 1^{re}, 17 déc. 1996, n° 452 ; D. 1997, note Le Guidec ; JCP G 1997. I. 4047, n° 38, obs. Simler

⁴⁵⁸ Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, Fonds de commerce, précité, n° 12.65 et s., p. 71 et s.

similitude de la façon dont se fixent les prix et leur niveau sur le site et dans les magasins, la nature, l'étendue et la vigueur de la concurrence subie par l'un et l'autre des points de vente. Il s'agit d'une question de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond⁴⁵⁹.

438. En définitive, tous les indices concernant la clientèle appliqués sur Internet sont ceux utilisés dans le commerce traditionnel. L'avènement du cybercommerçant n'a donc pas modifié les règles classiques et les solutions pour déterminer l'existence d'une clientèle propre. Les caractères de la clientèle exigés par la jurisprudence pour avoir un fonds de commerce, se retrouvent dans l'univers numérique. Le commerçant de l'univers numérique à l'image du commerçant traditionnel dispose d'une clientèle licite, certaine, et personnelle. Alors, rien ne saurait justifier que l'on ne lui attribue pas la propriété du fonds de commerce. S'il n'existe pas de fonds de commerce lorsqu'aucune clientèle certaine et propre ne peut être caractérisée, il ne peut symétriquement pas exister de clientèle sans des éléments mis en œuvre pour l'attirer.

II- L'existence d'éléments supports de la clientèle

439. La clientèle est nécessaire au fonds de commerce, mais, elle ne suffit pas. Elle doit être associée à d'autres éléments permettant de l'attirer ou de la retenir. Ainsi, les éléments supports de la clientèle jouent un rôle significatif tant dans le commerce traditionnel que dans le commerce électronique. Le cybercommerçant dispose de l'ensemble des éléments qui permettent d'attirer et de conserver la clientèle. Ces éléments sont identiques à ceux du commerçant traditionnel. En plus de ces éléments classiques, le cybercommerçant dispose d'éléments spécifiques liés à l'environnement numérique. L'existence du fonds de commerce implique d'avoir des éléments classiques (A). Aussi, la notion de fonds de commerce est ouverte aux éléments spécifiques (B).

⁴⁵⁹ Philippe STOFFEL-MUNCK et Georges DECOCQ, L'avènement du fonds de commerce électronique, précité, n° 151-155, p. 52-63

A- L'existence d'éléments classiques

440. Selon l'analyse du professeur Jean DERRUPPÉ⁴⁶⁰, « *une clientèle ne se conçoit pas sans un support matériel ou intellectuel. Il n'y a pas de clientèle en soi, mais par rapport à un objet fourni ou un service rendu en un lieu déterminé. Il est particulièrement difficile d'imaginer la clientèle d'un commerçant sans un support objectif minimum* ». Le cybercommerçant utilise les mêmes éléments corporels et incorporels que le commerçant ordinaire dans l'exploitation de son fonds de commerce.

441. Les éléments matériels ou corporels sont le matériel et la marchandise. Le matériel est visé tant par l'article L. 141-5, alinéa 4, que par l'article L. 142-2 du Code de commerce, qui y ajoute l'outillage. Les deux termes recouvrent les meubles corporels nécessaires à l'exploitation et qui, de ce fait, demeurent durablement affectés au fonds de commerce. Ils englobent, notamment le mobilier de bureau, le matériel d'équipement, l'outillage industriel. Il s'agit de meubles corporels nécessaires à l'exploitation. Ce matériel fait partie du fonds de commerce. Ramené au commerce électronique, il serait bien difficile d'animer un site électronique sans informatique, sans téléphone et sans bureautique.

Quant aux marchandises, le fait qu'elles soient vendues au terme d'une commande électronique ne leur imprime aucune spécificité. On retrouve dans l'univers numérique la livraison de biens et la prestation de service.

Le cybercommerçant, à travers l'utilisation des éléments corporels, manifeste le fait qu'il n'y a rien qui le distingue du commerçant traditionnel. Sur ce fondement, il peut avoir un fonds de commerce, dont la réalité se justifie aussi par l'existence d'éléments incorporels.

442. Les supports incorporels de la clientèle sont variables suivant le fonds de commerce en cause. L'élément de ralliement peut être la marque, l'enseigne, la réputation du commerçant ou bien l'emplacement où le fonds est exploité. Existe-il alors des supports capables de retenir les internautes ? Le professionnel du commerce électronique possède des supports incorporels qui ne sont pas tellement différents de ceux du commerçant traditionnel. En effet, le cybercommerçant doit pour se faire connaître et reconnaître de ses clients, disposer, au même titre qu'un commerçant ordinaire, d'une marque, d'une enseigne, d'un nom commercial, d'un savoir-faire. Ces supports sont différents d'un commerce à un autre. Le cybercommerçant affiche sur ses pages web son nom commercial, ses marques, une

⁴⁶⁰ Jean DERRUPPÉ, Fonds de commerce et clientèle, Études offertes à M. JAUFFRET, Presse Universitaire Aix-Marseille 1974, p. 231 ; Clientèle et achalandage, Écrits en l'honneur de M. Jean SAVATIER, PUF 1992, p. 167.

mention indiquant la qualité de ses produits, son adresse électronique, etc. Ce n'est pas parce qu'ils ne sont visibles que sur l'écran d'un ordinateur qu'ils n'existent pas⁴⁶¹. Le site Internet englobe un ensemble d'éléments incorporels. Il est le lieu où l'image de l'entreprise du commerçant de l'univers numérique se reflète dans le choix des textes, des photos, des vidéos ou l'agencement des pages. C'est pourquoi, il est un gisement de la propriété intellectuelle, expression du capital immatériel de l'entreprise.

443. En somme, le fonds de commerce est une unité économique, un ensemble de moyens matériels et incorporels au service de la captation de la clientèle. Ces éléments supports de la clientèle dans le commerce classique, se retrouvent dans l'univers numérique. Il ressort de cela que le cybercommerçant utilise les mêmes éléments que le commerçant ordinaire pour attirer et conserver la clientèle. Il ne fait plus de doute que la notion juridique de fonds de commerce traditionnel est susceptible de s'appliquer dans l'univers numérique. Aussi, cette notion traditionnelle de fonds de commerce est enrichie et revitalisée par l'incorporation de nouveaux éléments issus de l'environnement du cybercommerçant.

B- La notion de fonds de commerce ouverte aux éléments spécifiques

444. La notion de fonds de commerce se renforce avec l'arrivée de nouveaux éléments. Le législateur n'a précisé ni la définition, ni la composition du fonds de commerce, et s'est simplement attaché à réglementer les opérations dont il fait l'objet. C'est donc les caractères imprécis et malléables de cette institution qui lui permettent d'accueillir toutes sortes d'ensembles de biens divers. La notion de fonds de commerce se trouve enrichie par l'incorporation de nouveaux éléments : le site Internet et le nom de domaine (1). Ces éléments permettent une attraction originale de la clientèle dans l'univers du cybercommerçant (2).

⁴⁶¹ Richard DESGORCES, Notion de fonds de commerce et Internet, Comm. com. électr., mars 2000, chron. 6, p. 14-15

1- L'intégration des éléments technologiques

445. La clientèle se détermine et n'a de valeur que par rapport aux supports qui l'attirent. Ces supports sont donc également des éléments constitutifs prépondérants de la notion de fonds de commerce. Ils sont divers et se résument essentiellement pour le cybercommerçant, autour du nom de domaine et du site électronique. La perte d'un de ces éléments entraînerait si ce n'est la disparition du fonds tout du moins une baisse significative de sa valeur. Les nouveaux supports que sont le site Internet et le nom de domaine confèrent une spécificité au fonds de commerce du cybercommerçant.

446. Le site Internet est la somme de moyens technologiques qui permettent d'attirer et de retenir la clientèle. En effet, l'interactivité, l'ergonomie et l'infographie proposées par le site électronique personnalisent grandement le fonds de commerce comme le font les boutiques dans leur ensemble et en particulier les boutiques à thème. L'ambiance visuelle et sonore ainsi que la possibilité de fidéliser sa clientèle par des « newsletters » renforce cette idée. Les comptoirs, les rayonnages, le mobilier commercial vintage ou design : tout cela peut rester à l'état virtuel ou, plus exactement, à l'état d'images constamment. C'est pour le cybercommerçant, un gisement d'économies propre au commerce électronique et neutre au plan de la théorie du fonds de commerce. Le site électronique est un ensemble de biens formant un tout et dont l'unicité n'est pas contrariée par la variabilité de ses éléments constitutifs. Il est une universalité qui réunit les caractères du fonds de commerce⁴⁶². En conséquence, le site Internet est le lieu d'exploitation de l'activité et il est localisé par le nom de domaine. Un fonds de commerce électronique sans site, ne peut être exploité et donc n'existe pas. Et, il ne peut être visité sans nom de domaine.

447. Grâce au nom de domaine et aux autres outils informatiques, la détermination active d'un commerçant à mettre en place son activité sur Internet est facile à déceler en comparaison au commerce traditionnel. L'ouverture d'un fonds de commerce sous un nom de domaine spécialement adapté peut être comparée, dans le monde matériel, à une bonne situation géographique pour une boutique. De même le comportement actif du commerçant détermine sans doute son désir de constituer un fonds de commerce. Ainsi, le fait d'avoir recours au référencement de son commerce dans les moteurs de recherche et les annuaires de recherche démontre que le cybercommerçant désire commercer et recevoir une clientèle. En

⁴⁶² Olivier SAVARY et Étienne DUBUISSON, Un site Internet est-il un fonds de commerce ?, RLDA 2009/37, n° 2234

adoptant un comportement actif, le cybercommerçant met en place des facteurs de production de clientèle et engendre la création et l'attractivité de son fonds de commerce⁴⁶³.

2- L'attraction originale de la clientèle

448. L'attraction de la clientèle sur le réseau numérique n'est pas dénuée de toute spécificité.

D'une part, Internet déjoue le temps et affecte la relation de confiance. D'abord, dans le monde physique, la relation qui se noue entre un commerçant et un client se caractérise par une unité de temps et de lieu. Dans le commerce électronique, la relation commerciale est déconnectée des lieux et du temps. Le site fonctionnant 7 jours sur 7 jours et 24 heures sur 24 heures, ne connaît pas la distinction de jour et de nuit, de la semaine et du week-end, des jours travaillés et des jours fériés et vacances. Ensuite, la confiance du client à l'égard du cybercommerçant est essentielle sur Internet. Or, la confiance est difficile à acquérir, dans un environnement à distance, où on ne voit pas son cocontractant⁴⁶⁴. La confiance joue donc un rôle primordial dans la relation cybercommerçant-client. Car le client ne choisit pas nécessairement le prix le plus bas, mais le site en qui il a confiance. Ainsi, la confiance nécessite la qualité du site, des informations aux clients en permanence, une assistance technique, et un lien avec le monde physique, un système de paiement sécurisé et une logistique performante⁴⁶⁵. Dès lors, le client satisfait ne cherchera plus à changer de commerçant, et la fidélisation sera d'autant plus forte.

449. D'autre part, les nombreuses particularités de la clientèle électronique sont dépendantes de l'aspect strictement informatique de son milieu. Mais la définition des contours de la notion de clientèle permet de démontrer que l'avènement de la clientèle électronique s'inscrit bien dans la logique de dépersonnalisation des relations commerciales. Cette logique a présidé à l'apparition d'une clientèle créatrice en droit de la notion de fonds de commerce. Le concept juridique de clientèle implique que la dénomination de « clientèle

⁴⁶³ Bruno DUBOS, Essai sur la notion de fonds de commerce électronique, Thèse Toulouse 2008, n° 321 et s., p. 127 et s.

⁴⁶⁴ Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet : droit français et européen, 2^e éd. Montchrestien Lextenso éditions 2012, n° 369, p. 123

⁴⁶⁵ STOFFEL-MUNCK Philippe et DECOCQ Georges, L'avènement du fonds de commerce électronique, Gaz. Pal., 04 juin 2009, n° 151-155, p. 52-63

électronique » n'est non pas nouvelle, mais correspond à une variante de la notion commune de clientèle.

La clientèle est le fruit du pouvoir attractif de chacun des supports, de leur réunion et de leur exploitation. C'est cet ensemble cohérent, qui une fois organisé, crée le fonds de commerce. Le fonds de commerce est un ensemble structuré qui permet de créer une clientèle. Le propriétaire du fonds est celui qui a eu l'intelligence et la responsabilité de l'assemblage, de l'investissement et du risque, comme le souligne maître Bruno BOCCARA⁴⁶⁶. Alors sur ce fondement, rien ne distingue le fonds de commerce traditionnel du fonds de commerce électronique. Seule importe dans le processus de création du fonds de commerce, la maîtrise des éléments d'attraits essentiels de la clientèle. La propriété d'un fonds de commerce est indissociable de la création d'un ensemble structuré et du risque. La création d'un fonds de commerce, c'est aussi à la fois une intuition et une décision, une imagination et une initiative un investissement et un risque. C'est ce que retient la Cour d'appel de Paris le 4 octobre 2000, en ces termes : « *le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a faits pour l'acquérir, le maintenir et le développer* »⁴⁶⁷. Il en va ainsi du commerce électronique comme de toute activité commerciale. C'est l'exploitation d'une idée, l'exercice d'une activité attractive originale, certes combinée avec une politique de référencement efficace, qui fera le succès de la formule auprès de la clientèle. Cette combinaison originale qui fait le fonds de commerce, n'est en rien spécifique du commerce électronique⁴⁶⁸. Cela permet d'affirmer que la clientèle est le fruit des efforts et investissements du cybercommerçant à l'image du commerçant traditionnel.

450. L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun du commerce s'est manifestée par la reconnaissance de la notion de fonds de commerce électronique par la doctrine. En effet, les auteurs reconnaissent majoritairement la notion de fonds de commerce électronique comme une variété du fonds de commerce classique dont les spécificités ne remettent pas en cause le principe même de cette notion⁴⁶⁹. Le fonds de commerce reste « *un concept pérenne en perpétuelle adaptation aux exigences de l'activité commerciale. Les*

⁴⁶⁶ Cass. com. 14 nov. 1995, JCP G, 1997. II. 22818, n° 15, note Boccara.

⁴⁶⁷ CA Paris, 16^e ch. A, 4 oct. 2000, SARL Nicogi c/ SA Le Gran Vie, JCP E 2001.324, note Boccara

⁴⁶⁸ Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, Fonds de commerce, précité, n° 13.55, p. 90

⁴⁶⁹ Philippe NEAU-LEDUC, « Le e-commerce ou l'entreprise dématérialisée », in RLDA, n° 57, fév. 2011, p. 66-67 ; STOFFEL-MUNCK Philippe et DECOCQ Georges, L'avènement du fonds de commerce électronique, précité ; Olivier SAVARY et Étienne DUBUISSON, Un site Internet est-il un fonds de commerce ?, précité ; Richard DESGORCES, Notion de fonds de commerce et Internet, précité ; Thibault VERBIEST et Maxime LE BORNE, Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?, précité.

anciens éléments s'effacent devant les nouveaux, mais l'alchimie reste la même : la clientèle les transmute en les unifiant au sein du concept de fonds »⁴⁷⁰.

451. Pour conclure ce paragraphe 1, nous pouvons dire que le cybercommerçant peut avoir un fonds de commerce parce qu'il existe une clientèle et des éléments traditionnels pour attirer cette clientèle dans l'univers numérique. Aussi, le caractère malléable de la notion de fonds de commerce a permis l'incorporation des instruments techniques du cybercommerçant. La notion de fonds de commerce s'adapte donc à l'évolution du temps. Il ressort de cela que la spécificité des éléments du cybercommerçant, ne remet pas en cause la notion traditionnelle de fonds de commerce. Elle donne plutôt l'occasion d'affirmer que la notion de fonds de commerce est assez ouverte pour consacrer le fonds de commerce électronique qui pourra servir de garantie de crédit au cybercommerçant.

Paragraphe 2- La garantie d'un crédit

452. Le fonds de commerce est un bien mobilier incorporel qui a une valeur pécuniaire. Il peut de ce fait être utilisé comme assiette d'une sûreté, en l'affectant notamment en garantie d'une créance. Cela permet au commerçant d'obtenir du crédit sans pour autant cesser son activité commerciale. En dépit de l'absence du bail commercial, le fonds de commerce du cybercommerçant représente une valeur économique importante. La protection du fonds de commerce du cybercommerçant n'est donc pas assurée par le bail commercial comme pour d'autres commerçants. Il s'agit plutôt d'assurer la protection du créancier. Cette protection est soumise aux formalités strictes de publicité sur un territoire dont dépend le fonds de commerce. Or, en l'état actuel des textes, le fonds de commerce électronique n'a pas de véritable assise territoriale pour l'accomplissement de ces formalités.

Le fonds de commerce du cybercommerçant peut être la garantie d'un crédit parce qu'il a de la valeur malgré l'inexistence du bail commercial (I). Pour cela, il est nécessaire d'assurer la protection du créancier (II).

⁴⁷⁰ Joël MONÉGER, Rapport de synthèse : Le fonds de commerce : mythes et réalités (Colloque de l'Association des avocats spécialiste en propriété commerciale) AJDI Déc. 2001, Études, p. 1078

I- L'absence de bail commercial dans la valeur du fonds de commerce

453. Le fonds de commerce du cybercommerçant peut servir comme garantie d'un crédit parce qu'il a une valeur économique. Toutefois, il est à noter l'inexistence du bail commercial dans la valeur du fonds de commerce, compte tenu de l'absence d'assise territoriale du fonds de commerce électronique. Il est vrai que le commerçant a un besoin impérieux de stabilité : tout changement de lieu d'exploitation entraîne une perte de clientèle, perte contre laquelle il faut protéger le locataire commerçant en lui accordant un droit renforcé au renouvellement du bail des locaux dans lesquels il exploite son fonds. Le cybercommerçant comme tout commerçant a besoin aussi d'être protégé. La détermination de l'élément-clé du fonds de commerce électronique est une tâche à laquelle la doctrine s'est attelée en vue d'appliquer le régime des baux commerciaux au cybercommerçant. Elle a envisagé d'étendre par analogie le régime du bail commercial au contrat d'hébergement et au nom de domaine qui sont des éléments technologiques, d'une part, et d'autre part, aux locaux d'exploitation. Toutefois, comme d'autres commerçants, le cybercommerçant ne bénéficie pas du bail commercial. Il faut rejeter la qualification de bail commercial qui est identifiée aux éléments technologiques (A) et au local abritant l'équipement informatique (B).

A- Le rejet des éléments technologiques

454. L'environnement numérique dans lequel évolue le cybercommerçant n'échappe pas au droit existant. Le cybercommerçant pourrait se voir appliquer comme le commerçant traditionnel les dispositions du bail commercial. Il reste donc à vérifier si au regard des textes du droit commun, il peut bénéficier du bail commercial. C'est la raison pour laquelle les règles régissant le bail commercial ont été étendues au contrat d'hébergement (1) et au nom de domaine (2). Les règles traditionnelles appliquées aux éléments technologiques, établissent que le cybercommerçant ne peut bénéficier du statut des baux commerciaux.

1- Le contrat d'hébergement

455. Sur Internet, le site du commerçant doit être hébergé. Ce dernier dispose de deux solutions. Soit, il héberge son site sur son propre serveur qui se trouve dans un local.

Dans cette hypothèse les serveurs qui reçoivent physiquement les éléments techniques du fonds, ne peuvent pas être assimilés au fonds lui-même qui est exploité sur le réseau. La localisation ne peut se confondre avec le lieu de situation des serveurs. Surtout, comment pourrait-il y avoir bail ? Soit, il fait appel à un prestataire de service chez lequel il sollicite une location d'espace disque pour obtenir l'espace électronique.

Ces deux hypothèses reproduisent l'opposition classique en droit du fonds de commerce suivant que le commerçant est propriétaire ou non de l'immeuble qui abrite son fonds de commerce. Comme dans le droit classique, c'est celui qui n'est pas propriétaire de l'immeuble qui peut bénéficier du bail commercial. Nous prendrons la deuxième hypothèse où le cybercommerçant fait appel à un fournisseur d'hébergement. Le locataire d'un espace électronique sur le disque d'un serveur peut-il bénéficier de la protection d'un preneur à bail commercial ordinaire ? Le contrat d'hébergement est-il assimilable au bail commercial ?

456. L'article L. 145-1 du Code de commerce réserve le bénéfice du statut des baux commerciaux aux « *baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité* ». Reste donc à déterminer si l'espace loué dans un disque dur peut être qualifié de local au sens de l'article L. 145-1 du Code de commerce pour permettre au commerçant de l'univers numérique de bénéficier sur cet espace du statut protecteur des baux commerciaux. En l'absence de définition légale, la jurisprudence définit le mot « local » comme un espace clos et couvert où l'exploitant, sinon la clientèle, peut entrer. D'après le dictionnaire Le Petit Robert 2014, le local est le « *lieu considéré dans ses caractères particuliers, dans son emplacement, sa disposition ; pièce, partie d'un bâtiment à destination déterminée* ». Le mot « local » permet de désigner ce qui occupe une portion d'espace ou qui concerne la localisation, l'attribution d'une position. L'extrême diversité de l'objet des litiges et l'expression incertaine, mais récurrente, en jurisprudence de lieu « clos et couvert » ne permettent pas de déterminer précisément les critères juridiques d'existence d'un local.

L'état de la jurisprudence et surtout la lettre du Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953⁴⁷¹ invitaient à conclure que la qualification de la notion de local doit rester ouverte. Ainsi, par extension, tout lieu d'exploitation d'un commerce est un local au sens dudit décret, s'il offre directement ou indirectement la possibilité d'accueillir une clientèle et de nouer des relations commerciales dans un espace limité, de façon autonome. De ce point de vue, un contrat d'hébergement contribue à la localisation du fonds de commerce électronique en

⁴⁷¹ Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeuble ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal : Plusieurs dispositions de ce décret ont été abrogées ou modifiées.

conditionnant l'accès au commerce électronique. Grâce à l'hébergement, des clients peuvent visiter la boutique virtuelle du cybercommerçant et utiliser les applications logicielles configurées et installées dans l'espace virtuel, objet du contrat d'hébergement. C'est la raison pour laquelle pour certains auteurs⁴⁷², rien ne s'oppose à ce que la jurisprudence considère comme un local, l'espace ou la portion d'espace d'un disque dur, et offre au cybercommerçant le bénéfice du statut protecteur des baux commerciaux. Ils ont suggéré que le contrat d'hébergement, contrat de location, pourrait bénéficier du régime du bail commercial.

457. Toutefois, cette extension est techniquement discutable et économiquement inutile. L'assimilation est techniquement discutable, car un contrat d'hébergement n'est pas comparable au bail d'un local où le commerçant reçoit sa clientèle. Dans l'espace numérique, la clientèle lit des pages « html » qui remplissent la fonction d'un local. Mais, l'essentiel est qu'elle accède au contenu de ces pages, c'est-à-dire le site du cybercommerçant. Or, le fait que l'hébergeur concède un espace mémoire de ses serveurs ne suffit pas à garantir cet accès. L'assimilation est en outre, économiquement inutile, car il importe peu au cybercommerçant de rester indéfiniment sous contrat avec son hébergeur. Si celui-ci le congédie de ses serveurs, le cybercommerçant pourra sans beaucoup de difficulté trouver un autre hébergeur et cela passera inaperçu de ses clients. Même si une telle assimilation est retenue, le montant de l'indemnité d'éviction serait illusoire puisque les solutions de rechange sont nombreuses. Par conséquent, elle se limiterait aux frais de transfert d'un espace disque à l'autre. Elle ne tiendrait en aucun cas compte de la perte de la clientèle, car le fonds de commerce continuera d'exister moyennant un simple déplacement d'outils techniques.

La législation sur les baux commerciaux vise à protéger certaines activités commerciales et artisanales. Le législateur a considéré que ces activités étaient étroitement liées aux locaux où elles sont exercées. Sur Internet, nul n'est besoin d'une telle protection pour le contrat d'hébergement. En effet, il existe des milliers d'hébergeurs. Le choix d'un de ceux-ci n'implique aucune conséquence sur la visibilité du site, et le fait de changer d'hébergeur n'affecte en rien la survivance du fonds de commerce. C'est la volonté d'assurer le maintien de la stabilité de ces locaux qui a motivé la mise en place du régime particulier de la « protection commerciale ». Appliquée au cybercommerçant, cette stabilité n'est pas assurée

⁴⁷² Fernando SILVA, Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique ?, droit-tic n°31, 1^{er} juill. 2004, p. 25-27, publié sur le site Internet de droit-tic, le 17 juill. 2004 ; Jacques MESTRE et Marie-Ève PANCRAZI, Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international, précité, p. 576-577 ; T. VERBIEST, M. LE BORNE, Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?, Gaz. Pal., 23-24 oct. 2002, p. 22

dans l'environnement numérique par le contrat d'hébergement. En conséquence, le contrat d'hébergement ne peut pas être un bail commercial. La stabilité du fonds de commerce électronique est plutôt assurée par le nom de domaine.

2- Le nom de domaine

458. Si l'on s'interroge sur l'objectif de la réglementation protectrice du bail commercial, il s'agit de garantir une stabilité géographique du commerçant pour permettre à la clientèle de le retrouver. La stabilité géographique conditionne alors la fidélité de la clientèle. Mais sur Internet, la stabilité géographique n'a aucun sens, en tant que telle. En revanche, la fidélisation de la clientèle sera tout autant recherchée et sera rendue possible grâce au nom de domaine. Le nom de domaine permet au site Internet de se faire connaître et d'entrer en contact avec la clientèle. Il constitue l'identifiant, mais aussi, l'élément de localisation sur Internet du cybercommerçant. Le nom de domaine joue un rôle essentiel pour permettre à la clientèle d'exister, de se développer et de se fidéliser. De ce fait, il joue le rôle du bail pour la fixer⁴⁷³.

459. La protection du nom de domaine contre les risques de parasitisme ou d'usurpation par des tiers est assurée par la jurisprudence dans des conditions analogues à celle d'un nom commercial ou une enseigne. Cependant, la création et la jouissance du nom de domaine ne sont pas la maîtrise du seul cybercommerçant : le concours de l'autorité de nommage lui est toujours nécessaire. En effet, la perte du nom de domaine peut entraîner la perte de la presque totalité de l'activité voire même de la totalité. Dans ces conditions, la pérennité du fonds de commerce électronique dépend exclusivement de la conclusion et du renouvellement du contrat d'enregistrement du nom de domaine. Voilà pourquoi certains auteurs⁴⁷⁴ ont proposé une conception nouvelle du statut des baux commerciaux. Cela permettrait de requalifier le contrat d'enregistrement du nom de domaine en bail commercial en vue d'assurer au cybercommerçant une véritable sécurité juridique et une stabilité économique.

⁴⁷³ Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet : droit français et européen, précité, n° 372, p. 124

⁴⁷⁴ Voir STOFFEL-MUNCK Philippe et DECOCQ Georges, L'avènement du fonds de commerce électronique, Gaz. Pal., 04 juin 2009, n° 151-155, p. 52-63 ; Bruno DUBOS, Thèse précitée, p. 236, n° 591-592

460. Mais, nous ne partageons pas cette thèse ; car la protection du nom de domaine est assurée par le droit des obligations et l'absence de bail commercial n'est pas spécifique au cybercommerçant.

D'une part, le droit des obligations assure la protection du cybercommerçant. En effet, le droit encadre le contrat d'enregistrement du nom de domaine, son renouvellement, l'usage du nom de domaine et les opérations juridiques sur le nom de domaine (le transfert, l'annulation, la cession).

D'autre part, cette absence de bail commercial n'est pas spécifique au cybercommerçant. Il est clairement admis par la jurisprudence que le droit au bail n'est pas un élément indispensable du fonds de commerce qui peut exister en son absence. C'est le cas du commerçant propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce. En outre, l'absence de droit au bail peut découler tout simplement de l'absence de local. Ainsi, un manège forain⁴⁷⁵ peut constituer un fonds de commerce indépendamment de tout local d'exploitation. Le manège peut, de par sa nature, se voir attribuer une clientèle, sans qu'il soit nécessaire d'avoir égard à l'emplacement où il est installé⁴⁷⁶. En voulant obligatoirement attribuer un bail commercial au cybercommerçant, on risque de créer une distorsion de concurrence au détriment des commerçants traditionnels qui ne disposent pas de bail commercial. Il faut appliquer de manière stricte le régime des baux commerciaux, tel que défini dans le commerce traditionnel. Par conséquent, une législation spécifique pour prendre en considération un élément technologique, ne saurait être retenue.

461. En définitive, le contrat d'hébergement et le contrat d'enregistrement du nom de domaine ne sauraient être qualifiés de bail commercial. L'espace virtuel et le nom de domaine ne sont pas des locaux physiques. Les éléments technologiques ne peuvent être utilisés pour être qualifiés de bail commercial. Toutefois, des lieux immeubles peuvent être utilisés par le cybercommerçant pour abriter le matériel informatique. Le local d'exploitation peut-il constituer un bail commercial ?

⁴⁷⁵ Pour le commerçant ambulant, voir les articles L.123-29 et suivants du Code de commerce

⁴⁷⁶ Cass. com., 1^{er} févr. 1966, n° 63-11.643, Alaux c/ époux Bruneau : Bull. civ. 1966, III, n° 69

B- Le rejet du local abritant l'équipement informatique

462. Le local abritant l'équipement informatique, pourrait constituer un bail commercial. Cette hypothèse est très proche de cas connus en jurisprudence. En effet, ces lieux répondent à l'approche la plus restrictive de la jurisprudence de la notion de local. Par analogie, s'agissant de lieux « clos et couvert », le qualificatif de local est d'ores et déjà envisageable pour ce type de lieux. Toutefois, des interrogations dues à l'absence de définition légale, peuvent être soulevées quant à la qualification de principal (1) ou d'accessoire de ce type de local (2).

1- Le local principal

463. Le cybercommerçant ne bénéficie pas d'une législation spécifique. Il obéit aux dispositions régissant le bail commercial. Il découle de cela que pour se prévaloir du statut des baux commerciaux, le cybercommerçant doit disposer d'un local stable et permanent. Il doit s'agir d'un local principal. En l'absence de définition légale du local, la jurisprudence admet que le local principal est celui où le commerçant a le siège de son activité principale, dans lequel la clientèle est reçue, où les affaires sont traitées, celui dont l'inexistence impliquerait l'inexistence du fonds lui-même. Dans les faits, la qualification de local principal concerne le plus souvent des locaux dont la faible fongibilité, c'est-à-dire leur caractère difficilement substituable par d'autres, est avéré. Pour attribuer le statut des baux commerciaux, la jurisprudence paraît se contenter de la possibilité d'un contact avec la clientèle, en complétant ou substituant à ce critère, celui de la faculté de recevoir une clientèle de façon autonome. Or à l'opposé, le local abritant les équipements informatiques est invisible pour les visiteurs internautes. Les clients du cybercommerçant n'entrent pas dans ce local pour effectuer leurs achats. Le local d'exploitation peut être déplacé en un autre endroit, le site est toujours visible sur Internet, et la clientèle n'est aucunement perturbée. Dès lors le local abritant les équipements informatiques ne saurait être un local principal. Ce local ne peut bénéficier du régime des baux commerciaux. Il constitue plutôt un local accessoire.

2- Le local accessoire

464. En l'absence de dispositions spécifiques, le local abritant le matériel informatique demeure un local accessoire. Et c'est sur cette base que nous nous référons aux règles élaborées par la jurisprudence concernant les commerçants traditionnels. Néanmoins, dans ce cas, la question de la possibilité de protéger un local accessoire à défaut de local principal se pose. En effet, certaines activités commerciales peuvent être exercées en dehors de tout local principal. Tel est le cas des forains, des auto-écoles, des marchands ambulants sur la voie publique ou dans les marchés. Ces commerçants utilisent généralement des remises ou hangars pour le stockage de leurs marchandises et matériels.

Une certaine jurisprudence a admis la protection de ces locaux, soit en les qualifiant de locaux principaux d'une exploitation, car ils en constituent le centre nerveux et le véritable cerveau, soit en considérant qu'en l'absence de ce local, le commerce ne pouvait subsister. Ce caractère a été retenu par les juges pour les locaux de stockage loués par un marchand forain⁴⁷⁷. D'autres juges par contre, ont pu considérer que la protection d'un local accessoire présuppose l'existence d'un local principal⁴⁷⁸. Ils ont refusé d'admettre la protection du local accessoire. Nous partageons cette position en la transposant au cybercommerçant.

Face à ces divergences, le local accueillant le matériel informatique, ne peut bénéficier d'une protection à travers les dispositions du bail commercial. En effet, s'il est au premier abord, possible d'envisager que ce local constitue une forme de « centre nerveux informatique », on ne peut incontestablement soutenir qu'il s'agit aussi de l'unique centre de gestion des opérations du commerce, car cette gestion peut s'établir et s'organiser en tout point du globe⁴⁷⁹. La protection des locaux abritant le matériel du cybercommerçant ne s'impose pas, dans la mesure où la clientèle n'a pas accès à ces locaux. La boutique du cybercommerçant est localisée sur Internet, et le positionnement géographique des locaux de l'activité n'a aucune incidence sur l'activité.

465. En somme, le droit au bail qui ne se retrouve pas dans l'univers numérique, ne constitue dès lors pas un élément indispensable du fonds de commerce. Par conséquent, il nous semble qu'il faille écarter toute qualification de bail commercial. Ainsi, la qualification du contrat d'hébergement, ou du nom de domaine ou du local d'exploitation en bail

⁴⁷⁷ CA Paris 1^{er} oct. 1986, Loyers et copr. 1986, n° 467

⁴⁷⁸ Cass. com., 1^{er} mars 1966, n° 64-12.466, Bull. civ. IV, n° 125, p. 107 ; JCP G 1967, II, n° 14980, note B. Boccara

⁴⁷⁹ Oswald SEIDOWSKY, Le fonds de commerce numérique, Thèse Paris II, 2006, n° 265 et s., p. 305 et s.

commercial ne saurait être retenue, pour assurer la protection du fonds de commerce électronique. Les commerçants traditionnels ne disposent pas tous d'un bail commercial, alors qu'ils ont un fonds de commerce. C'est le cas des commerçants propriétaires de l'immeuble qui abrite le fonds de commerce et les commerçants forains.

C'est pour cela que nous avons rejeté d'une part l'analogie établie avec les éléments technologiques et le local d'exploitation, et d'autre part, l'élaboration d'une législation spécifique. En dépit de l'absence du bail commercial, le fonds de commerce du cybercommerçant représente une valeur économique importante. Il peut constituer l'assiette d'une sûreté à condition que la protection du créancier soit garantie.

II- La protection du créancier

466. Pour financer son activité commerciale, le cybercommerçant peut constituer une sûreté à travers son fonds de commerce. Les sûretés ont pour but de favoriser le crédit en permettant au créancier d'avoir la sécurité d'être payé. Pour avoir plus de valeur, l'objet de la sûreté doit porter sur l'intégralité du fonds de commerce : il s'agira de voir le privilège du vendeur et le nantissement. Toutefois, la question de l'assiette et des modalités de la sûreté peuvent se poser dans l'environnement du cybercommerçant. Il est à noter que les sûretés conditionnent leur constitution à l'accomplissement de formalités de publicité. L'absence d'assise géographique du fonds de commerce du cybercommerçant peut poser certaines difficultés dans l'établissement de la sûreté, car la protection du créancier n'est pas garantie. Pour protéger le créancier, il faut avoir recours à l'analogie dans le but de trouver des solutions aux difficultés liées à l'objet de la sûreté (A) et aux formalités de publicité (B).

A- L'objet de la sûreté

467. Le fonds de commerce est né de la volonté des commerçants de voir reconnaître à l'ensemble des éléments affectés à leurs exploitations une valeur supérieure à celle résultant de la somme de chacun d'eux. Dans une telle approche, le fonds existe pour sa valeur en tant que contenant. Certes, les éléments composant le fonds peuvent être objets de sûreté, toutefois, il est plus judicieux que l'objet de la sûreté porte sur le fonds dans son intégralité. La reconnaissance du fonds de commerce électronique répond à cet objectif afin d'accorder plus de valeur à la sûreté qui servira de garantie au crédit. Il ressort de cela que le

fonds de commerce du cybercommerçant nécessite en tant qu'objet de sûreté, de mettre en exergue l'application des dispositions du droit commun du commerce concernant le privilège du vendeur dans le cadre de la cession (1), d'une part et d'autre part, le nantissement (2).

1- Le privilège du vendeur

468. Le privilège du vendeur admet de reconnaître au préalable la validité de la cession du fonds de commerce. Pour qu'il ait cession, il faut que la vente emporte le transfert de la propriété de la clientèle à l'acquéreur. Toutefois, aucun texte n'indique quels sont les éléments du fonds qui, de plein droit, sont transmis avec elle. Les juges recherchent les éléments essentiels, ceux sans lesquels le fonds de commerce ne saurait exister. Il s'agit d'un examen au cas par cas. On peut donc y inclure des actifs traditionnels et des actifs spécifiques au cybercommerçant. Des actifs se rapprochant de ceux d'un fonds de commerce ordinaire sont utilisés pour l'exploitation d'un fonds de commerce électronique. Ces derniers ne posent *a priori* aucun problème juridique particulier.

469. *A contrario*, les éléments spécifiques du fonds de commerce électronique peuvent soulever des interrogations quant à leur cession. Il convient d'identifier et d'analyser l'origine et la solidité de tous les éléments d'attraction de la clientèle : site électronique, nom de domaine, service de paiement en ligne, liens hypertextes, espaces publicitaires, fichier client⁴⁸⁰. C'est cette démarche qui est utilisée par la jurisprudence pour admettre la cession d'un fonds de commerce traditionnel.

Le site électronique est vu comme une œuvre de l'esprit. L'opération de cession du site ne cause pas de problème, elle doit donc se conformer aux règles des cessions des droits d'auteur. La cession du nom de domaine s'apparente à la cession d'un meuble incorporel. Sur Internet, le nom de domaine permet au site Internet de se faire connaître et d'entrer en contact avec la clientèle. C'est pour cela que des juges du fond⁴⁸¹ ont assimilé le nom de domaine à

⁴⁸⁰ L'exploitation d'un fonds de commerce électronique entraîne obligatoirement l'enregistrement et le traitement électronique d'informations personnelles. Toutes ces informations constituent des fichiers-clients dont la valeur est élevée. Lorsque les informations cédées sont des informations personnelles, l'application des dispositions législatives relatives à ce type d'information est de rigueur. En effet, tant sur la forme, que sur le contenu et que sur la finalité de la collecte d'informations, la loi dite « Informatique et liberté » du 6 janvier 1978 telle que modifiée par la loi du 6 août 2004 en application avec la directive européenne 95/46/CE du 24 octobre 1995, encadre le traitement et les opérations juridiques des données personnelles.

⁴⁸¹ TGI Paris, 31e ch., 8 avr. 2005, Min. public c/ Nicole T., Atomatic Answer Communication, sur le site www.legalis.net : « L'appellation d'un site correspond, sur le plan électronique, à l'enseigne »

une enseigne. Ils constitueraient une sorte d'enseigne virtuelle⁴⁸². Ayant la nature d'un signe distinctif, le nom de domaine pourrait dès lors recevoir la qualification de bien incorporel lorsqu'il correspond à une valeur dont le droit réserve le bénéfice au titulaire du signe.

La mobilisation de ces valeurs étant logiquement réservée aux titulaires des noms de domaines. Ces derniers doivent pouvoir les céder ou les concéder à des tiers. Les noms de domaine ne sont pas appréhendés par la jurisprudence comme de simples adresses techniques mais plutôt comme de nouvelles valeurs incorporelles, ce dont les juges tirent toutes les conséquences⁴⁸³. Comme les juges nationaux, la Cour européenne des droits de l'homme, le 18 septembre 2007⁴⁸⁴, a confirmé que le nom de domaine a une valeur économique et constitue un bien, au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, susceptible d'être vendu.

Les juges et la doctrine reconnaissent la commercialité des noms de domaine et du site Internet, considérés comme des valeurs incorporelles. Dès lors que ces identifiants apparaissent comme des vecteurs importants d'attraction de la clientèle, il n'y a aucune raison de ne pas les considérer comme éléments du fonds de commerce. Par le biais de ces supports dématérialisés, la clientèle a accès au cybercommerçant. On peut en déduire que la cession de ces éléments emporte cession du fonds de commerce.

2- Le nantissement

470. Acte de disposition, le nantissement d'un fonds de commerce est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds affecte ce dernier en garantie du paiement d'une dette. L'assiette de cette sûreté est précisément délimitée par l'article L. 142-2 alinéa 3 du Code de commerce. En l'absence de précisions dans l'acte constitutif, le nantissement porte sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Le cybercommerçant dispose aussi de ces éléments sauf le droit au bail. Ce constat justifie l'utilité de l'extension du régime du nantissement de fonds de commerce ordinaire à un fonds de commerce électronique. Si le nantissement porte sur les droits de propriété industrielle ou

⁴⁸² Michel VIVANT et Agnès MAFFRE-BAUGE, Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux, éd. Les notes de l'IFRI 2002, p. 67

⁴⁸³ Grégoire LOISEAU, L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, précité, p. 59-63

⁴⁸⁴ CEDH 18 sept. 2007, req. n° 25379/04, JCP 2008. I. 158, obs. Caron ; RTD civ. 2008. 503, obs. Revet ; Voir aussi Christophe CARON, Intronisation du nom de domaine dans le panthéon des droits fondamentaux, Comm. com. électr. juill.-août 2008, n° 7, Comm. 88 ; Bernard EDELMAN, La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché, D. 2011, chron. n°13, 31 mars 2011, p. 898-899 ; Olivier SARDAIN, Séisme pour le régime juridique des noms de domaine français, Comm. com. électr. n° 1, janv. 2011, p. 11-14

commerciale, une inscription spéciale doit être prise à l'Institut national de la propriété industrielle.

Le nantissement du fonds de commerce se distingue du gage des éléments entrant dans la composition du fonds de commerce puisqu'il a pour assiette le fonds de commerce dans sa globalité. A l'occasion de l'établissement d'une sûreté, le débiteur affecte un bien à son créancier pour sûreté de sa dette. Néanmoins, la question de l'assiette et des modalités d'établissement de ce type de sûreté dans un environnement numérique se pose.

471. D'une part, il y a le droit au bail, énuméré dans l'assiette du nantissement qui ne se retrouve pas dans l'univers numérique. Toutefois, l'absence du droit au bail n'est pas spécifique au commerce électronique. Cette absence se retrouve aussi dans le commerce classique. Le droit au bail est exclu de l'assiette du nantissement lorsque le fonds est exploité dans un local appartenant au commerçant ou se trouve dépourvu de local⁴⁸⁵. Cette solution du commerce traditionnel est transposable dans l'univers numérique qui se caractérise par l'absence de droit au bail.

D'autre part, pour que les éléments composant le fonds de commerce électronique puissent constituer l'assiette de celui-ci, il faut non seulement qu'ils soient désignés expressément dans l'acte qui le constitue, mais encore qu'ils rentrent dans l'une des catégories de biens pouvant faire l'objet d'une telle sûreté prévues à l'article L. 141-2 alinéa 3 du Code de commerce⁴⁸⁶. La règle suscite des interrogations concernant le nom de domaine, car il ne figure pas dans l'énumération légale.

La Cour d'appel de Paris⁴⁸⁷, le 9 avril 1996, a affirmé que, outre les éléments énumérés, la licence d'un débit de boissons est comprise dans le nantissement malgré le silence de l'acte. Cette licence commande en effet l'existence même du fonds. Par analogie, le site Internet ne pouvant être exploitée sans nom de domaine, le nom de domaine est nécessairement compris dans l'assiette du nantissement, même s'il n'est pas énuméré par l'article L. 142-2 du Code de commerce.

Le nom de domaine, élément essentiel dans la constitution de la notion de fonds de commerce électronique, doit être considéré comme compris dans l'énumération légale de l'article L. 142-2, alinéa 3 du Code de commerce. Il peut en effet être ciblé comme l'enseigne dans le

⁴⁸⁵ T. com. Marseille, 13 juin 1929, Gaz. Pal. 1929. 2. 645

⁴⁸⁶ Article L. 142-2 alinéa 3 du Code de commerce : « *Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis au aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* ».

⁴⁸⁷ CA Paris, 9 avr. 1996, JCP 1997. I. 4033, n° 22, obs. Delebecq

fonds de commerce électronique. Chaque nom de domaine est unique et recouvre de ce fait obligatoirement une valeur. L'idée de nantir ce nom est donc essentielle.

Cette idée s'est concrétisée en Allemagne, où le tribunal de grande instance (Landgericht) de Essen, le 22 septembre 1999, a eu recours à un raisonnement par analogie pour reconnaître aux noms de domaine une valeur économique, les rendant susceptibles de nantissement. Les juges ont comparé le nom de domaine à une licence⁴⁸⁸. Il faut aussi rappeler l'arrêt déjà cité de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 septembre 2007, qui a reconnu au nom de domaine, une valeur économique. Dès lors rien ne paraît s'opposer à ce qu'un bien numérique, sa corporalité fut-elle moindre ou inexistante, fasse l'objet d'un gage ou fasse partie de l'assiette du nantissement du fonds de commerce.

472. En définitive, les éléments constituant le fonds de commerce électronique peuvent faire l'objet d'une sûreté : le nom de domaine, les fichiers-clients, le site électronique et les éléments traditionnels composant le fonds de commerce. Il ressort de cela que la valeur économique du fonds de commerce dans sa globalité est supérieure à la somme des éléments constitutifs du fonds. C'est pour cela, qu'il est plus rentable pour le cybercommerçant d'affecter son fonds de commerce en garantie d'un crédit. Le fonds de commerce dans sa globalité constitue pour le cybercommerçant l'assiette d'une sûreté, qui pour être efficace, nécessite que la protection du créancier soit garantie à travers les formalités de publicité.

B- Les formalités de publicité

473. Le cybercommerçant doit obéir aux mêmes règles que le commerçant traditionnel en ce qui concerne la publicité des opérations sur le fonds de commerce. En effet, la publicité du nantissement est une règle d'ordre public, dont l'absence entraîne la nullité de l'opération, ce qui n'est pas le cas pour la cession. Toutefois, pour bénéficier du privilège du vendeur, l'acte de cession doit être publié. Les opérations sur le fonds de commerce doivent être publiées dans la quinzaine de leur date sous forme d'extraits ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Le législateur impose que la publicité d'une opération sur le fonds de commerce se fasse dans

⁴⁸⁸ Voir Angela BRÜNING, La reconnaissance de principe du nantissement de noms de domaine, Comm. com. électr. mars 2000, p. 5

l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité⁴⁸⁹. L'importance des formalités en droit du fonds de commerce découle de la protection des tiers créanciers. En revanche, certaines mentions, portant sur un fonds de commerce traditionnel, peuvent se retrouver sans objet dans l'univers numérique. Plus particulièrement, la désignation du lieu d'accomplissement des publicités par rapport à la localisation du fonds de commerce est la principale difficulté. Dès lors des doutes, inhérents à la situation spécifique au fonds de commerce électronique sur le réseau, apparaissent inévitablement.

474. A cet effet, les notions géographiques de greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité, doivent être remises en cause. C'est la raison pour laquelle nous pouvons prendre en considération les conséquences d'une localisation malaisée du fonds de commerce électronique en nous appuyant sur le fonds forain et sur le fichier électronique.

En premier lieu, le législateur a envisagé déjà dans le cadre du fonds de commerce du commerçant forain ou ambulant⁴⁹⁰, la difficulté de localisation d'un fonds. Par analogie avec les fonds forains, les formalités peuvent être accomplies au lieu où le cybercommerçant est inscrit au registre du commerce et des sociétés. En effet, le régime juridique des publicités applicables au fonds forain est prévue par l'article L. 141-12 du Code de commerce : « ... *En ce qui concerne les fonds forains, le lieu d'exploitation est celui où le vendeur est inscrit au registre du commerce et des sociétés* ». Il peut en être de même pour le fonds de commerce électronique⁴⁹¹.

En deuxième lieu, s'il est possible d'effectuer des formalités accessibles, grâce à Internet, sur l'intégralité du territoire national, et même au-delà, les prescriptions des textes seraient pleinement applicables. Le fichier électronique protégerait les tiers concernés par la vie du fonds, tout en respectant le caractère impératif des textes. Il doit être étendu à l'ensemble des commerçants.

475. Prendre pour référence le lieu où le commerçant est inscrit au registre du commerce et des sociétés, et vulgariser la publicité par le fichier électronique, ne sera pas spécifique au cybercommerçant. Cette mesure s'applique déjà au nantissement de parts sociales, et du gage en général. Le gage est opposable aux tiers par la publicité. La publicité

⁴⁸⁹ Article L. 141-12 du Code de commerce pour la cession, article L. 142-3 du Code de commerce pour le nantissement

⁴⁹⁰ Pour le commerçant ambulant, voir Marina FILIOL DE RAIMOND, Fonds de commerce, RLDA, n° 64, oct. 2011, n° 3648, p. 28

⁴⁹¹ Bruno DUBOS, Thèse Toulouse précitée, n°856 et s., p. 344 et s. ; Philippe STOFFEL-MUNCK et Georges DECOCQ, L'avènement du fonds de commerce électronique, précité, n° 151-155, p. 52-63

consiste en une inscription sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé⁴⁹². Le décret⁴⁹³ du 23 décembre 2006 relatif à la publicité du gage sans dépossession⁴⁹⁴, fait référence au fichier électronique national sur lequel est mentionnée l'existence des inscriptions prises en application de l'article 2338 du Code civil. Ce fichier est tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce qui constitue à cet effet un groupement d'intérêt économique entre les greffiers des tribunaux de commerce.

L'intervention législative refondrait le régime juridique des publicités applicables aux opérations juridiques sur le fonds de commerce. L'objectif est de réaliser, de façon simplifiée, les formalités nécessaires pour les régimes du fonds de commerce. En effet, améliorer le régime juridique du fonds de commerce électronique, c'est aussi trouver un moyen pour ancrer, stabiliser, rendre public et uniformiser le droit du fonds de commerce pour l'utiliser en toutes circonstances.

⁴⁹² La publicité remplit la fonction d'une dépossession. L'objectif est de moderniser les sûretés mobilières modernes afin de les rendre lisibles et efficaces. Cela passe par l'institution d'un registre central et l'harmonisation de la multitude de régimes spéciaux. Voir Reinhard DAMMANN, La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée, D. 2006, p. 1298-1300 ; Laurent AYNÈS, Présentation générale de la réforme, D. 2006, p. 1289-1290

⁴⁹³ Ce décret intervient dans le cadre de la réforme du droit des sûretés résultant de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, JORF n° 71 du 24 mars 2006, p. 4475

⁴⁹⁴ Décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006, pris pour l'application relatif à la publicité du gage sans dépossession, modifié par Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 et par Décret n° 2010-433 du 29 avril 2010

Conclusion du Chapitre 2

476. La conséquence du rattachement territorial du cybercommerçant est de pouvoir l'intégrer dans le droit commun aux commerçants. Rattaché à un territoire, il fallait donner au cybercommerçant les moyens facilitant l'exercice de son activité. Pour cela, il s'est agi d'abord de qualifier juridiquement les instruments techniques que le cybercommerçant utilise à savoir le site Internet et le nom de domaine, à travers les règles générales. Ensuite, toujours sur la base des règles générales, il s'est agi de reconnaître juridiquement la dimension commerciale des instruments techniques que le cybercommerçant utilise, afin de favoriser le développement de son activité. Le cybercommerçant se voit appliquer toutes les règles commerciales qui régissent les outils que le commerçant ordinaire utilise dans le cadre de son activité. Ces outils commerciaux constituent un tout, un contenant, un ensemble qui permet d'attirer la clientèle.

Rattaché au territoire français, le cybercommerçant pourrait aussi bénéficier, comme tout commerçant, d'un fonds de commerce. Il fallait donc étendre la notion de fonds de commerce pour donner au cybercommerçant un instrument de crédit en vue de développer son activité commerciale. Cela va permettre au professionnel du commerce électronique de lever plus facilement des fonds pour financer son activité et aux établissements de crédit de disposer d'une garantie plus efficace.

Conclusion du Titre 2

477. L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants a nécessité de lui appliquer les règles du commerçant traditionnel. Ces règles concernent d'abord le statut professionnel et ensuite les instruments de l'activité. En dépit, de la dématérialisation qui distingue le commerçant de l'univers numérique du commerçant traditionnel, il n'a pas été question d'élaborer des dispositions spécifiques.

Il ressort de cela que les règles générales sont efficaces pour saisir les réalités de l'univers numérique. Le principe de neutralité a donc été réaffirmé. Cela a permis au professionnel du commerce électronique d'exercer son activité dans le même cadre juridique que tout commerçant.

Conclusion de la Première Partie

478. Le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel à travers la dématérialisation. La première difficulté suscitée par la dématérialisation est l'ubiquité. Toutefois, la solution a été trouvée à travers des critères émanant des règles générales qui permettent de neutraliser l'ubiquité en rattachant le cybercommerçant à un territoire. Aussi, ce rattachement à un territoire a eu pour conséquence l'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants. Désormais, le professionnel du commerce électronique peut exercer son activité dans les mêmes conditions que le commerçant traditionnel qui se trouve sur le territoire. Loin de créer des règles spécifiques, l'objectif a été de préserver l'unité des règles compte-tenu du fait que les règles générales sont efficaces pour neutraliser l'ubiquité. Le cybercommerçant dans l'exercice de son activité, est en relation avec des cocontractants. Il ressort de cela que la deuxième difficulté qui découle de la dématérialisation est la dépersonnalisation des relations.

DEUXIÈME PARTIE : LA NEUTRALISATION DE LA DEPERSONNALISATION

« L'un de ceux qui retinrent son attention fut une femme en proie à un amour partagé et sur laquelle le professeur T. tentait une dépersonnalisation progressive dont il attendait les résultats prodigieux. C'est ainsi que chaque matin, on remettait à cette femme une lettre émanant soi-disant de son bien-aimé et qui était le plus bel échantillon qu'on pût imaginer de toutes les figures de pensées dont les nouvelles variétés, particulièrement vénéneuses, venaient d'être acclimatées. D'un mélange adroit de mensonges insignifiants et de ces fleurs rares, l'expérimentateur attendait un effet si nocif qu'autant dire que le sujet était condamné »⁴⁹⁵.

479. Cette citation nous permet de mettre en évidence la notion de la dépersonnalisation qui apparaît à deux niveaux : la dépersonnalisation de la relation, et la dépersonnalisation de l'individu. D'une part, la dépersonnalisation de la relation se manifeste par le défaut de présence physique des parties et l'utilisation d'un moyen de communication à distance : le professeur T. et la femme sont éloignés géographiquement et leur relation est rendue possible grâce à un moyen de communication à distance à savoir la lettre. D'autre part, la dépersonnalisation de l'individu se traduit par le fait que cette communication doit avoir un effet sur la femme, faire en sorte qu'elle n'ait plus de personnalité. La dépersonnalisation ici est l'action d'ôter la personnalité, de perdre, d'abandonner sa personnalité, de rendre impersonnel ; c'est aussi l'état qui en résulte, c'est un état de troubles psychologiques.

La dépersonnalisation est une notion abordée dans plusieurs situations. Toutefois, dans le cadre de cette deuxième partie de notre thèse, nous allons nous intéresser à la dépersonnalisation de la relation, faisant fi de la dépersonnalisation de l'individu. Cela ne nous empêche pas pour autant d'affirmer que la dépersonnalisation est d'abord une notion utilisée en psychiatrie et ensuite cette notion s'inscrit aussi en droit, dans le cadre des contrats à distance.

Notion utilisée en psychiatrie, la dépersonnalisation est une anomalie du mécanisme cognitif qui se traduit par un sentiment de perte du sens de la réalité, une impression de ne plus être soi-même, en tant que personne physique et personnalité psychique, fréquente dans de nombreux états (notamment dans la schizophrénie)⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ André BRETON, *Poisson soluble* (1924), éd. Gallimard, coll. Poésies, 1996, partie 11, p. 60 : Il fut un écrivain français, poète et théoricien du surréalisme, né le 18 février 1896 et décédé le 28 septembre 1966

⁴⁹⁶ Dictionnaire Le Petit Robert 2014, Voir Dépersonnalisation

La dépersonnalisation est aussi une notion utilisée en droit dans le cadre des contrats à distance. Ces contrats se caractérisent par le défaut de présence physique des parties. Les parties éloignées géographiquement sont contraintes d'utiliser une technique de communication à distance pour manifester leur volonté dans le but de conclure des contrats. Cela fut le cas pour la lettre missive dans les contrats par correspondance, le téléphone, la télématique, et aujourd'hui Internet. La multiplication des techniques de communication à distance en raison des progrès technologiques et leur utilisation comme une méthode de commercialisation des produits sont les enjeux de l'évolution des contrats à distance. Il ressort de cela que la conclusion de contrats entre des parties éloignées géographiquement n'est pas née avec le commerce électronique. Toutefois, le contrat électronique présente une originalité lors de sa formation, due aux caractéristiques du support utilisé.

480. La problématique juridique attachée aux contrats du cybercommerçant est que ces contrats sont conclus dans un environnement dématérialisé. Cet environnement est marqué par la dépersonnalisation des relations contractuelles. La dépersonnalisation crée des risques dus d'une part, au défaut de présence physique des parties contractantes et d'autre part, à l'utilisation du système informatique pour conclure le contrat.

Dans un premier temps, l'échange se produit entre des personnes « virtuelles », définies par un ensemble d'informations. Cela pose un problème d'identité réelle des parties contractantes. En raison de la dépersonnalisation des échanges, il n'est pas possible de savoir qui est derrière l'écran, lors de la conclusion des contrats. Or, cette interrogation est de nature à avoir des répercussions sur la validité de l'engagement contractuel dans la mesure où le cybercommerçant ne peut être certain de la capacité de son cocontractant à conclure des contrats. Aussi, le cocontractant du cybercommerçant peut s'engager sur la base d'un déficit d'informations ou d'informations erronées alors que la validité du contrat suppose un consentement réfléchi et éclairé.

Dans un deuxième temps, l'utilisation du support électronique pour conclure le contrat implique certaines spécificités. D'abord, le papier qui occupe une place de choix dans le commerce traditionnel disparaît dans l'environnement du cybercommerçant. Ensuite, pour exprimer leurs volontés respectives, les parties contractantes utilisent les techniques imposées par le système informatique, à savoir le clic sur le site Internet, et le courrier électronique qui n'avaient pas été régies au préalable par les règles existantes. L'utilisation du système informatique pour conclure le contrat peut remettre en cause les exigences traditionnelles liées à la forme et au fond du contrat. La dépersonnalisation pose le problème de la validité du contrat électronique et de sa preuve. Il faut donc s'assurer de la fiabilité du système

informatique en reconnaissant juridiquement l'écrit et la signature électroniques, et le geste électronique : le clic.

481. Le contrat est l'élément moteur de l'activité du cybercommerçant. Le droit se doit de valider les opérations du cybercommerçant pour permettre de sécuriser le commerce électronique et de participer à son développement. Il faut pour cela avoir recours à la neutralisation de la dépersonnalisation. Il s'agit non pas de supprimer la dépersonnalisation, chose impossible, mais plutôt de faire disparaître ses effets néfastes. La neutralisation des effets néfastes de la dépersonnalisation vise à garantir la sécurité dans les relations contractuelles.

D'une part, la dépersonnalisation impliquant des contrats entre absents, il y a nécessité que les cocontractants puissent s'identifier. Ce problème d'identification n'est pas spécifique aux contrats du cybercommerçant, il a déjà trouvé une réponse dans le commerce traditionnel dans le cadre des contrats à distance. Le droit de la consommation et d'autres textes qui s'appliquent au commerçant traditionnel compensent cette difficulté par un formalisme informatif.

D'autre part, le fait de substituer le support papier par le support électronique, ne modifie pas la nature juridique de la convention qui demeure un contrat résultant de la rencontre des volontés. Et comme ces volontés se manifestent par le recours au système informatique, il s'agit ici d'adapter les règles générales aux caractéristiques du support électronique. Il ressort de cela que les questions juridiques suscitées par les contrats du commerçant de l'univers numérique ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements mêmes du droit.

C'est dans ce contexte que le législateur, à l'occasion de l'exposé des motifs du Projet de Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), présenté le 15 janvier 2003, a affirmé que la nouvelle loi « *ne tend pas à créer un droit spécifique pour les réseaux et les contenus numériques, mais à assurer l'adaptation des règles en vigueur à l'économie numérique* »⁴⁹⁷.

482. Cependant, cette volonté du législateur de ne pas créer de règles spéciales n'a pu être respectée. En dépit de l'existence des dispositions générales relatives à l'obligation d'information, à la responsabilité contractuelle ou délictuelle et à la lutte contre la contrefaçon, s'appliquant aisément au cybercommerçant, le législateur a cru bon de créer des textes spécifiques au professionnel du commerce électronique. Toutefois, ces textes

⁴⁹⁷ Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) n° 528, présenté le 15 janvier 2003 au nom de monsieur Jean-Pierre RAFFARIN, Premier ministre, par monsieur Francis MER, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, disponible sur le site : www.assemblee-nat.fr/12/projets/p10528.asp.

spécifiques relatifs au formalisme informatif, à la responsabilité de plein droit, à la responsabilité non-contractuelle pour faute caractérisée, et au téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair, ont montré leur limite, parce qu'ils sont superflus et inefficaces.

Est-il nécessaire d'élaborer des règles propres à chaque réalité nouvelle de la technique ou bien faut-il se référer aux règles de portée générale, dotées d'une souplesse et susceptibles de s'adapter aux évolutions de la technique ?

Il convient de s'interroger sur la nécessité d'un droit spécifique au cybercommerçant composé de règles spéciales qui n'entretenaient aucun lien avec les règles régissant les activités du commerçant traditionnel. Cette question appelle une réponse négative car elle méconnaît la généralité des règles classiques qui peuvent régir des situations assez diverses.

483. En définitive, le contrat, véhicule juridique de tout échange commercial, est naturellement au cœur de l'économie numérique. L'existence des risques dans la conclusion des contrats du cybercommerçant, impose de neutraliser la dépersonnalisation. Cette démarche devrait permettre de susciter la confiance dans l'utilisation des réseaux numériques par les internautes d'une part, et d'autre part, dans l'exercice des activités du cybercommerçant. Prétendre donner confiance dans l'économie numérique, c'est faire en sorte que la conclusion du contrat dans l'univers numérique soit aussi fiable que dans un environnement traditionnel.

La confiance se construit autour de la notion de sécurité, qu'elle soit juridique ou technique. L'objectif est de protéger le cybercommerçant, les cocontractants et les tiers. Pour y arriver, il est donc primordial de neutraliser les effets néfastes de la dépersonnalisation, en renforçant l'identification et en validant les relations contractuelles du cybercommerçant pour assurer la sécurité juridique. Aussi, la sécurité juridique passe par une certaine stabilité des règles de droit, donc par l'aptitude des règles générales à appréhender des objets nouveaux tout en restant indépendantes de l'évolution de la technique.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut appliquer au cybercommerçant les règles générales (Titre 1) et rejeter les règles spéciales (Titre 2).

Titre 1- L'application des règles générales

484. Le contrat électronique est une technique indispensable au commerce électronique comme l'est, de façon générale, le contrat pour le commerce dont il organise juridiquement les échanges économiques. Il s'agit dans ce cas, de faire une application pure et simple des règles générales. Toutefois, les contrats du cybercommerçant présentent une certaine originalité. En effet, l'univers du cybercommerçant est marqué par la dépersonnalisation du processus contractuel. La dépersonnalisation se caractérise par le défaut de présence physique des parties contractantes et l'utilisation du support électronique. Avec Internet, il se produit un bouleversement par rapport aux contrats traditionnels marqués par la dépersonnalisation comme les contrats par correspondance qui, malgré l'absence de présence physique des parties, exigent un écrit et une signature sur support papier. Cette dépersonnalisation du processus contractuel dans l'univers du cybercommerçant a pour conséquence la disparition d'une part, de l'empreinte physique de l'homme et de celle du support traditionnel de l'écrit : le papier et, d'autre part, l'utilisation d'un geste électronique à savoir le « clic » marquant l'acceptation de l'offre. Il y a de ce fait l'incidence de la technologie, qui porte sur les seules règles de formation des contrats à l'exclusion des autres règles. Cela nécessitait de sécuriser le système électronique utilisé par le cybercommerçant à travers la reconnaissance juridique de l'écrit et de la signature électroniques, et du geste électronique : le clic.

Le contrat conclu par voie électronique a suscité la réflexion sur deux points relatifs à la formation du contrat tant sur les exigences de forme que sur les exigences de fond. Certains défis liés à la dépersonnalisation ont trouvé solution en ayant recours à l'application pure et simple des règles générales régissant les contrats traditionnels, à travers la théorie générale des contrats et le régime des contrats à distance.

D'autres défis restés sans solution, nécessitaient une réflexion approfondie. Il a été nécessaire de prévoir la reconnaissance juridique du consentement par voie électronique et sa protection dans le but de sécuriser l'univers du cybercommerçant. Toujours dans ce souci de protection et pour tenir compte des exigences de forme qui avaient été instaurées à partir du support papier, le contrat électronique a fourni l'occasion de raviver les interrogations sur le rôle du formalisme : la validité du contrat et sa preuve. La raison est que le Code civil a été rédigé à une époque où le papier était le seul support utilisé pour constater l'existence et le contenu des contrats et en faire la preuve.

485. L'engouement pour le commerce électronique crée de nouvelles réalités qui supposent des réponses appropriées au droit. Le risque est alors que l'intervention d'un droit spécifique au cybercommerçant conduise à une inégalité du monde dématérialisé, une inégalité de la contrainte juridique et de la protection. Dans ces conditions, une nouvelle couche de règles ne semble pas nécessaire. Il faut se tourner vers l'adaptation des règles générales qui est justifiée par les spécificités techniques du réseau numérique. Le processus d'adaptation du droit aux nouvelles technologies vise à utiliser des règles simples et extrêmement souples pour surmonter les difficultés constituées par une série de conditions formelles traditionnelles, liée à la nature papier du document contractuel, qui ferait obstacle au développement du commerce électronique. Si les modalités particulières de conclusion du contrat électronique affectent avant tout la forme, ces modalités de conclusion ne sont pas sans incidence à l'égard du respect des règles de fond. Ainsi, la neutralisation de la dépersonnalisation impose d'une part, l'application des principes généraux à la forme du contrat (Chapitre 1) et d'autre part, l'application des exigences classiques au fond du contrat (Chapitre 2).

Chapitre 1- L'application des principes généraux à la forme du contrat

486. Dans le droit français, la question générale de la forme du contrat s'examine d'après une distinction entre la forme probatoire (formalisme *ad probationem*) et la forme exigible en tant que condition de validité du contrat (formalisme *ad validitatem*). Il existe aussi les formalités *ad opposabilitatem* qui se manifestent par une publicité dans le but de protéger les tiers avec pour sanction l'inopposabilité de l'acte. Elles sont minimales dans le cadre de l'objet de notre étude⁴⁹⁸. C'est la raison pour laquelle l'accent sera mis sur le formalisme *ad validitatem* et le formalisme *ad probationem*.

La validité du contrat et sa preuve sont les éléments nécessaires à la sécurité juridique des relations commerciales. Les règles de forme ont été conçues dans un univers dominé par le papier. Or, la dépersonnalisation affecte la forme du contrat du cybercommerçant à travers la disparition du support papier, suscitant des craintes. L'irruption du réseau numérique marquée par la dépersonnalisation impose de rendre l'univers du cybercommerçant fiable afin de faire disparaître la méfiance. Cela nécessite de déterminer les conditions à respecter pour nouer valablement les relations contractuelles par voie électronique, tout en observant les règles traditionnelles de forme. Il faut donc avoir recours aux principes généraux qui permettent de résoudre les problèmes posés par la dépersonnalisation.

Dans un premier temps, la solution consiste à rechercher les qualités fonctionnelles d'une formalité accomplie dans le commerce traditionnel et de les transposer dans l'univers du cybercommerçant afin d'appliquer un régime juridique identique : c'est le principe d'assimilation.

Dans un deuxième temps, la solution consiste à utiliser des règles neutres d'un point de vue technologique, en ce sens qu'elles ne sont liées à la culture du papier ou sur tout autre support durable, d'où le principe de non-discrimination.

Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut appliquer les principes généraux à la forme du contrat. Il a été donc fait appel au principe d'assimilation (section 1) et au principe de non-discrimination (section 2).

⁴⁹⁸ Voir *Infra* n° 551 sur la date certaine

Section 1- Le principe d'assimilation

487. La dépersonnalisation implique l'utilisation du support électronique par le cybercommerçant pour conclure des contrats. Ce support pose une difficulté relative aux exigences de forme. La validité en la forme des contrats du commerçant traditionnel requiert le papier comme support de l'écrit, et le recours à des signes fortement marqués par la présence et l'empreinte humaines : mentions et signatures manuscrites, et présence d'un officier ministériel. Or, ces signes et éléments sont absents dans les contrats du cybercommerçant, cela peut entraîner la méfiance pour conclure des contrats électroniques. Le sentiment de confiance impose l'instauration d'un cadre juridique à même de permettre l'avènement d'un environnement électronique sûr et fiable. Il faut pour cela créer toutes les conditions pour introduire dans les mœurs, l'écrit et la signature électroniques nécessaires à la validité des contrats du cybercommerçant. Le législateur a voulu donner au contrat du cybercommerçant de meilleures chances de se développer, à travers la reconnaissance juridique de l'écrit et de la signature électroniques.

Ainsi, pour résoudre les problèmes posés par la dépersonnalisation, loin de créer une législation spécifique, le droit dispose de moyens pour permettre le respect des conditions classiques de forme en vue de la validité des contrats du cybercommerçant. Il faut avoir recours à l'assimilation. L'assimilation est le *« procédé technique consistant, pour le législateur, une convention ou un interprète, à rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences, afin de soumettre, en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement »*⁴⁹⁹.

Comment les formalités réalisées par le commerçant traditionnel sur un support papier pourraient être réalisées cette fois-ci sur un support électronique par le cybercommerçant ? Répondre à cette question nécessite alors de consacrer le principe d'assimilation qui se traduit par l'application de l'équivalence fonctionnelle (Paragraphe 1) en vue de reconnaître juridiquement les contrats du cybercommerçant (Paragraphe 2).

⁴⁹⁹ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, PUF, 2014, précité, Voir assimilation

Paragraphe 1- L'application de l'équivalence fonctionnelle

488. Les problèmes que pose la dépersonnalisation sont relatifs à la disparition du support papier pour l'écrit et, du symbolisme attaché à la main, concernant la signature dans l'univers du cybercommerçant. Cela entraîne la méfiance et met ainsi en péril le développement du commerce électronique. Or, l'écrit et la signature sont des éléments déterminants pour la validité des contrats. L'équivalence fonctionnelle permet d'assurer la fiabilité de l'univers du cybercommerçant et le développement du commerce électronique ; car elle est utilisée pour reconnaître juridiquement l'écrit et la signature électroniques. L'équivalence fonctionnelle est l'outil du principe d'assimilation. Elle est une technique qui consiste à se référer aux situations juridiques connues dans le monde du commerçant traditionnel, marqué par le support papier, pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans l'univers du cybercommerçant, marqué par le support électronique⁵⁰⁰. Cette technique était utilisée par la jurisprudence bien avant le développement du commerce électronique. Le législateur n'a fait que consacrer la jurisprudence antérieure. L'équivalence fonctionnelle apporte des solutions à certains obstacles rencontrés dans le commerce électronique dans le cadre des conditions de forme du contrat.

Ainsi, l'équivalence fonctionnelle permet de neutraliser la dépersonnalisation en sécurisant l'environnement du cybercommerçant à travers la reconnaissance juridique de l'écrit électronique (I) et de la signature électronique (II).

I- L'écrit électronique

489. Le droit français ne comportait aucune définition de l'écrit. Dans l'esprit de nombreuses personnes, l'écrit postule le papier. L'écrit sur support papier est consacré comme élément de forme par excellence depuis fort longtemps. Cependant, la dépersonnalisation pose de nouveaux défis car le support utilisé par le cybercommerçant vient bouleverser cette stabilité avec la disparition du support papier. L'utilisation du support électronique va grandissante et conditionne l'existence et le développement du commerce électronique. Il faut

⁵⁰⁰ Eric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, (1997) 2 Journal de droit international (JDI) 323, p. 380-382 ; Luc GRYMBAUD, Les équivalents électroniques des écrits exigés ad validitatem, Comm. com. électr. sept. 2005, comm. 139

de ce fait, sécuriser l'univers du cybercommerçant. C'est la raison pour laquelle les règles existantes doivent être adaptées à travers l'application de l'équivalence fonctionnelle pour appréhender l'écrit électronique. La réception légale de l'écrit électronique permet de lever les obstacles en sécurisant l'univers du cybercommerçant. Elle nécessite de rechercher les fonctions qu'un écrit sur support papier possède et de les transposer sur le support que le cybercommerçant utilise. Cela ne pose pas de problème particulier, car bien avant le législateur, la jurisprudence a reconnu l'écrit électronique en appliquant l'équivalence fonctionnelle.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut reconnaître juridiquement l'écrit électronique à travers la transposition des fonctions traditionnelles de l'écrit (A). Cette reconnaissance légale permet la consécration de la jurisprudence antérieure (B).

A- La transposition des fonctions traditionnelles de l'écrit

490. La dépersonnalisation pose des exigences nouvelles à travers le support électronique qui a un impact sur les conditions de formation du contrat. Sur le terrain de la forme, le recours au support électronique suscitait des inquiétudes dans tous les cas où la loi exigeait pour sa validité même, que le contrat fût établi par écrit, et donc sur papier. L'admission de l'écrit électronique pour la validité d'un acte suppose que cette forme puisse assurer autant de protection aux parties qu'en apporte, dans la vision traditionnelle, l'obligation de passer par la forme papier. C'est pour cela que pour admettre la validité des contrats électroniques, il faut transposer les fonctions traditionnelles de l'écrit dans l'univers du cybercommerçant. Cette solution avait déjà été adoptée pour l'admission de l'écrit électronique à titre probatoire. C'est la raison pour laquelle le législateur a d'abord admis l'équivalence des formes probatoire et solennelle (1) pour ensuite déterminer les fonctions de l'écrit *ad validitatem* (2).

1- L'équivalence des formes

491. La disparition du support papier occasionnée par la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant, a fait l'objet de réflexion dans le cadre de la preuve. Des solutions ont été trouvées pour admettre l'écrit électronique comme mode de preuve. Le

législateur n'a fait que transposer les solutions admises dans le cadre de la preuve à la condition de validité du contrat. Le législateur a consacré l'équivalence des formes : la validité et la preuve du contrat. Il ressort de cela que l'exigence d'un écrit requis à des fins de validité est remplie si cet écrit respecte les critères de nature probatoire de l'article 1316-1 du Code civil. L'équivalence des formes a été appliquée parce que le même problème a trouvé solution dans le cadre de la preuve d'une part, et d'autre part, il n'existe pas d'obstacle à la transposition de cette solution. L'assimilation entre l'écrit électronique comme preuve et l'écrit électronique comme condition de validité, est donc justifiée.

492. En premier lieu, la nécessité de reconnaître l'écrit électronique s'est manifestée dans le cadre de la preuve. Le problème que pose la dépersonnalisation affectant l'écrit comme condition de validité du contrat, est le même que celui posé lors de la preuve. La solution à ce problème a été trouvée dans le cadre de la preuve grâce à la volonté des instances internationales et françaises de libérer le commerce électronique de l'entrave supposée que constitueraient des règles probatoires inadaptées.

D'abord, la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a établi le 16 décembre 1996 une loi-type⁵⁰¹ qui a servi de modèle dans la grande majorité des États.

Ensuite, le législateur français a reconnu l'écrit électronique à travers la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique⁵⁰² qui transpose la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Cette loi a reconnu la valeur probatoire de l'écrit électronique à travers la modification des dispositions du Code civil relatives à la preuve. Le législateur a appliqué l'équivalence entre la preuve sur support papier et la preuve électronique dans le but de faciliter le développement du commerce électronique.

493. En deuxième lieu, en raison des liens entre formalisme *ad probationem* et formalisme *ad validitatem*, l'équivalence s'est étendue aux formalités contractuelles requises pour la formation du contrat à travers la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite commerce électronique. Cela a été possible parce que ladite Directive ignore la distinction entre la preuve et la validité des actes juridiques. Elle traite de ce fait, en son article 9-1, en une seule

⁵⁰¹ Loi-type CNUDCI sur le commerce électronique, adoptée en Assemblée générale le 16 déc. 1996 : A/RES/51/162, art. 7, www.uncintral.org ; JCP G 2000, p. 451

⁵⁰² Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000, p. 3968

proposition la nécessité d'adapter le droit des contrats pour permettre qu'ils soient conclus par voie électronique. Il est primordial que chaque droit national « *ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ». La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transpose la Directive 2000/31/CE commerce électronique par la reconnaissance de l'écrit électronique comme condition de validité du contrat. Toutefois, loin de créer de nouveaux critères, elle consacre l'égalité des formes solennelle et probatoire en modifiant les dispositions du Code civil. Par le renvoi qui est fait, le premier alinéa de l'article 1108-1 du Code civil pose que l'exigence de l'écrit requis pour la validité de l'acte est satisfaite lorsque l'écrit est conforme seulement aux exigences probatoires de l'article 1316-1 du Code civil. Il en résulte une identité de la forme solennelle et de la forme probante.

Aussi, le principe selon lequel un contrat peut être passé par voie électronique alors même qu'on exige, pour sa validité qu'il soit passé par écrit, est formulé par l'article 1108-1 du Code civil en des termes très clairs, mais assez différents de ceux utilisés par la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique, l'article 1108-2 du Code civil apportant des dérogations au principe. L'emplacement de ces textes est facile à comprendre puisqu'ils viennent après la liste des conditions de validité des contrats énumérée par l'article 1108 du Code civil⁵⁰³.

2- Les fonctions de l'écrit

494. Il faut avoir recours à l'équivalence fonctionnelle pour neutraliser la dépersonnalisation. C'est dans cette perspective que le législateur a d'abord énuméré les fonctions de l'écrit de manière générale et, les a ensuite transposées dans l'univers du cybercommerçant, afin d'admettre la validité de l'écrit électronique. La reconnaissance de l'écrit électronique repose sur l'article 1316-1 du Code civil en ces termes : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Le législateur a simplement voulu ouvrir l'écrit à tout procédé, quel qu'il soit, susceptible de remplir ces deux fonctions. Ces fonctions sont l'identité de l'auteur et l'intégrité du document.

⁵⁰³Jérôme HUET, Vous avez dit « contrats électroniques » ?, Rev. des contrats, 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 553

495. La première fonction de l'écrit est l'identification de l'auteur. Cette exigence est remplie lorsqu'il existe un lien intellectuel et matériel entre l'écrit et son auteur. L'écrit doit individualiser son auteur. La fonction de l'écrit comme moyen de révéler l'identité de son auteur permet d'affirmer que l'écrit est à la fois trace et extériorisation de l'individu.

La deuxième fonction de l'écrit est l'intégrité du document. L'intégrité est l'état d'une chose qui est demeurée intacte. Si l'intégrité suppose le caractère du support, l'intégrité s'apprécie dans l'identité de l'état où se trouve le document au moment où il est constitué et au moment où il est produit. La notion d'intégrité intervient en référence à un état initial. Le support doit garder la trace des modifications apparues après sa constitution. L'intégrité n'est à l'épreuve que dans la phase de conservation du document. La conservation de l'écrit doit donc en plus de maintenir la lisibilité, assurer la stabilité de son contenu, par la traçabilité des opérations sur le document, et la garantie qu'aucun événement n'a pu en altérer le contenu⁵⁰⁴.

496. La transposition de ces fonctions peut se faire dans l'univers du cybercommerçant en dépit de certaines critiques. D'aucuns soutiennent que l'écrit sur support papier a la qualité d'une part, d'être immédiatement accessible à la lecture et celle d'autre part, d'être consigné sur un support qui lui assure *a priori* une grande stabilité. En revanche, il semble que les supports électroniques soient moins performants que le support papier.

Dans un premier temps, dans l'univers du cybercommerçant, les données ne sont pas accessibles de façon immédiate mais uniquement par le truchement d'un affichage sur un écran ou une impression et ce grâce à des logiciels capables de les interpréter. Les supports de stockage sont rarement indélébiles et, en tout état de cause, vieillissent beaucoup plus rapidement que le papier, ce qui nécessite de retranscrire régulièrement les informations sauvegardées sur de nouveaux supports⁵⁰⁵. Dans un deuxième temps, les supports électroniques ne permettent pas de repérer les traces de modifications apportées au document. Ils ne peuvent témoigner du changement de l'état du document.

Ces critiques sont souvent sans fondement dans la mesure où le papier jaunit, le crayon, une encre de mauvaise qualité s'effacent rapidement. Aujourd'hui, personne n'est à même de prétendre que les supports électroniques sont moins résistants que les supports traditionnels. En ce domaine, la durabilité d'un support électronique est compromise au même titre que

⁵⁰⁴François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Thèse Montréal 2009, éd. Yvon Blais, 2012, Québec, p. 125

⁵⁰⁵André PRÛM, *L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance*, in *Mélanges Cabrillac, Litec*, 1999, p. 255-277, spéc. p. 268

celle d'un support papier. En conséquence, que le support soit papier ou électronique, des risques existent⁵⁰⁶.

Les deux exigences sont susceptibles d'être remplies dans l'univers du cybercommerçant par l'emploi de codes secrets, l'utilisation d'algorithmes de chiffrement ou de la biométrie, ou autres sceaux électroniques que leurs titulaires peuvent garder sous leur contrôle exclusif. Ni l'auteur, ni les tiers ne pourront modifier le corps du document sans que celui-ci n'en porte la trace. L'identification de l'auteur est garantie et l'intégrité de l'écrit est protégée.

497. En définitive, pour neutraliser la dépersonnalisation impliquant la disparition du support papier au profit du support électronique, il faut transposer les fonctions traditionnelles de l'écrit que sont l'identification de l'auteur et l'intégrité du document, dans l'univers du cybercommerçant. Cela permet de reconnaître juridiquement l'écrit électronique. Cette reconnaissance a nécessité d'avoir recours à l'équivalence des formes solennelle et probatoire, consistant à assimiler les critères admis pour l'écrit dans le cadre de la preuve aux critères de validité du contrat. Aussi, à travers la transposition des fonctions traditionnelles de l'écrit dans l'univers du cybercommerçant, le législateur consacre la jurisprudence antérieure.

B- La consécration de la jurisprudence antérieure

498. Le législateur reconnaît que l'écrit pourra désormais adopter la forme électronique en énumérant les deux fonctions de l'écrit afin de résoudre le problème posé par la dépersonnalisation qui admet l'utilisation du support électronique impliquant la disparition du support papier. Ce qui importe, c'est la certitude que l'écrit émane bien de celui auquel il pourrait être opposé (l'identification de l'auteur) et que ni son origine, ni son contenu n'ont été modifiés ou falsifiés (l'intégrité du contenu). Cela correspond à une position antérieure de la jurisprudence qui n'a pas attendu la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, pour admettre la validité de l'écrit, indépendamment de son support matériel. La jurisprudence avait adapté depuis longtemps les règles générales à d'autres supports en mettant en relief les deux fonctions de l'écrit à savoir l'identification de l'auteur et l'intégrité du document. Le législateur n'a fait que consacrer la jurisprudence antérieure.

⁵⁰⁶Elisabeth JOLY-PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, Thèse Montpellier, L.G.D.J 2006, n° 169 et s., p. 72 et s.

499. En l'état d'une jurisprudence aussi éclairée et réceptive au changement, on pourrait se demander s'il fallait légiférer. Toutefois, en devenant un phénomène de masse, le commerce électronique appelle dès lors un encadrement juridique. L'objectif est de garantir la sécurité juridique et d'éviter qu'il n'ait des variations quant aux décisions de la jurisprudence. C'est la raison pour laquelle le législateur va s'approprier les termes de l'arrêt précurseur rendu en 1997 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui avait fait une application de l'équivalence fonctionnelle en posant les deux conditions : l'identification de l'auteur et l'intégrité du document. En effet, le 2 décembre 1997, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt relatif à la cession d'une créance professionnelle que l'acte constatant son acceptation « *peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées* »⁵⁰⁷.

500. En somme, la dépersonnalisation se matérialise par l'absence de présence physique des parties et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. Ce moyen de communication à distance dans l'univers du cybercommerçant exige que les contrats soient passés par voie électronique avec la disparition du support papier. Cela a des conséquences sur les conditions de forme du contrat à savoir l'écrit qui était depuis fort longtemps assimilé au support papier. Il y a nécessité de reconnaître juridiquement l'écrit électronique. Avec la disparition du support papier dans l'univers du cybercommerçant, l'admission de l'écrit électronique pour la validité d'un acte suppose que cette forme puisse assurer autant de protection aux parties qu'en apporte, dans la vision traditionnelle, l'obligation de passer par la forme papier⁵⁰⁸. Le législateur a transposé dans l'univers du cybercommerçant, les fonctions traditionnelles de l'écrit admises par la jurisprudence à savoir l'identification de l'auteur et l'intégrité du document afin de reconnaître l'écrit électronique. L'objectif est de s'écarter d'une vision trop classique de l'écrit lié au support papier afin de s'orienter vers une acception nouvelle et ouverte de l'écrit qui admet d'autres supports, en l'occurrence le support électronique. L'écrit ne saurait former un titre dont on pourrait se prévaloir en l'absence de la signature. Cette logique va permettre de reconnaître aussi la signature électronique.

⁵⁰⁷Cass. com., 2 déc. 1997, D. 1997, 192, note D. R. Martin ; Bull. civ. IV, n° 315 ; JCP E 1999, II, 179, note T. Bonneau

⁵⁰⁸Jérôme HUET, Vous avez dit « contrats électroniques » ?, Rev. des contrats, 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 553

II- La signature électronique

501. Qu'il s'agisse de la forme sous seing privé ou authentique, la signature est toujours une condition de forme nécessaire et impérative. L'écrit doit bénéficier de l'apposition de la signature pour être un acte juridique. Le Code civil ne donnait aucune définition de la signature. En théorie, il n'existe donc pas d'obstacle à une interprétation évolutive de ce concept permettant la réception de la signature électronique. Toutefois, à l'instar de l'écrit, la signature a été souvent assimilée, à tort, à la forme manuscrite et au support papier. Un usage ancien attribue au geste manuel de la signature une importante valeur symbolique. En raison de la confiance particulière qu'elle inspire, la signature manuscrite a continué cependant d'être considérée comme la seule forme acceptable de ratification, apte à exprimer, de façon non équivoque, la volonté de son auteur et à permettre l'identification de ce dernier. Or la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant implique l'utilisation du support électronique avec pour conséquence la disparition du support papier et l'impossibilité de signer à la main. C'est pour lever tous les obstacles que la signature électronique a du faire l'objet d'une reconnaissance juridique. Aussi, l'expérience accumulée de la jurisprudence permettait au législateur de franchir le pas sans hésitation. Il ressort de cela que la neutralisation de la dépersonnalisation passe par la reconnaissance juridique de la signature électronique. Cette reconnaissance juridique impose la transposition des fonctions traditionnelles de la signature dans l'environnement du cybercommerçant (A) et la consécration de la jurisprudence antérieure (B).

A- La transposition des fonctions traditionnelles de la signature

502. Dans l'univers du commerçant traditionnel, la signature fait corps avec le papier, elle est dépendante du support papier et elle résulte d'un geste de la main. Mais, cela n'est pas le cas dans l'environnement du cybercommerçant, compte-tenu de la dépersonnalisation qui pose alors des difficultés. Dans l'univers du cybercommerçant, la signature résulte de l'utilisation d'un procédé technique plutôt que d'un geste de la main et elle n'est pas apposée sur un support papier. Or, la signature est la trace du consentement qui permet d'assurer la perfection de l'acte juridique. La validité de certains des écrits nécessaires à l'existence d'un contrat électronique présuppose qu'ils soient valablement signés. La reconnaissance de ces écrits ne pouvait s'effectuer sans la réception de la signature électronique. Le régime de l'écrit électronique est dépendant de celui de la signature

électronique. C'est la raison pour laquelle comme l'écrit, dans le but de reconnaître la signature électronique, le législateur a d'abord admis l'équivalence des formes probatoire et solennelle (1) pour ensuite déterminer les fonctions de la signature (2).

1- L'équivalence des formes

503. Le législateur a retenu une approche finaliste du concept de signature. Il n'a pas créé de règles spéciales pour régir la signature électronique intervenant comme élément de validité en la forme du contrat. Il a choisi d'utiliser le principe d'assimilation pour appliquer à la condition de validité les critères utilisés dans le cadre de la preuve. L'équivalence des formes méritait d'être appliquée à la signature puisqu'il a servi dans le cadre de l'écrit. Le législateur conforte l'approche pragmatique : la signature valide l'écrit en tant qu'acte instrumentaire.

504. La Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, transposant ladite directive, ne pouvaient ignorer la signature électronique. Il s'est agi de proposer dans le cadre de la preuve, une réflexion sur la signature électronique en vérifiant sa compatibilité avec les critères mêmes qui régissent les signatures manuscrites. La signature est le pendant de l'écrit qui sert de preuve des actes juridiques, d'où la reconnaissance de la signature électronique en matière de preuve.

Aussi, le législateur, à l'instar de l'écrit, reprend les solutions proposées dans le cadre de la preuve, pour reconnaître que la signature pourra désormais adopter la forme électronique en ce qui concerne la validité des actes. Cela s'est manifesté à travers la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite commerce électronique. Cette Loi a apporté des modifications aux dispositions du Code civil. Il y a de ce fait assimilation entre la forme probatoire et la forme solennelle en ce qui concerne la signature électronique.

Cette assimilation se trouve justifiée dans la mesure où la signature est un élément essentiel de la forme du contrat tant dans les actes sous seing privé que dans les actes authentiques. Le caractère nécessaire de la signature à la perfection de l'acte juridique est affirmé. Cela est

traduit par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 27 janvier 1993 en ces termes : « *il résulte de l'article 1322 du Code civil qu'en dehors des exceptions prévues par la loi, l'acte sous seing privé n'était soumis à aucune autre forme que la signature de ceux qui s'obligent* »⁵⁰⁹. En outre, la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 26 octobre 1999, s'est prononcée en ces termes : « *l'employeur concluant un contrat à durée déterminée n'a pas satisfait son obligation d'établir un écrit si le salarié a refusé de signer les documents soumis à son approbation ; faute de comporter la signature de l'intéressé, le contrat ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit* »⁵¹⁰.

2- Les fonctions de la signature

505. La Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 a introduit une définition de la signature dans un nouvel article 1316-4 du Code civil. Cet article dispose que : « *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique, identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui en découlent de cet acte* ». Le législateur énumère les fonctions de la signature de manière générale et transpose ces fonctions dans l'univers du cybercommerçant, pour admettre la validité de la signature électronique.

506. La définition de la signature prend en compte ses fonctions quels que soient les moyens utilisés ou le procédé utilisé pour signer. Il ne s'agit pas de cerner la nature du geste mais plutôt la finalité. Il ressort de cette définition deux fonctions : l'identification de l'auteur et la manifestation du consentement.

La première exigence est l'identification de l'auteur. Elle suppose seulement que la signature fournisse des garanties suffisantes relatives à l'intervention personnelle du titulaire du signe pour assurer la validation de l'acte. La signature est la marque de la personne qui s'oblige. Elle doit permettre d'individualiser le signataire. Et à travers la signature, le signataire doit s'identifier à ce qu'il énonce.

La deuxième exigence est le consentement à l'acte. La signature permet d'extérioriser le consentement en vue de manifester son intention de s'engager. Ici, il s'agit d'affirmer que le signataire a voulu adhérer au contenu de l'acte. Il faudrait dans ce cas que l'auteur ait agi de façon consciente et délibérée pour s'approprier le contenu de l'acte signé. L'on reconnaît en

⁵⁰⁹Cass. 1^{re} Civ., 27 janv. 1993, JCP G 1994, II, 22195, note I. Pétel-Teyssié ; JCP N, II, p. 256, note L. Leveneur ; Defrénois 1993, art. 35572, p. 730, comm. J.L. Aubert

⁵¹⁰Cass. Soc., 26 oct. 1999, D. 1999, IR p. 264

effet, largement la validité des signatures manuscrites réalisées par des illettrés ou des aveugles, celles accomplies par une main guidée par un tiers. Le pouvoir de validation repose sur une présomption. Il est donc possible d'étendre le champ d'application à d'autres procédés présentant des garanties équivalentes quant à la connaissance de l'acte par le signataire et son intention d'en faire sien le contenu⁵¹¹. Cela permet de transposer ces fonctions dans l'univers du cybercommerçant.

507. Tous les signes potentiellement susceptibles d'assurer les fonctions d'identification de l'auteur et d'expression de son consentement à l'acte, sont des signatures. Dans l'univers du cybercommerçant, la signature résulte de l'utilisation d'un procédé technique plutôt que d'un geste de la main. Même si les procédés utilisés dans le commerce traditionnel et le commerce électronique sont totalement différents : d'un côté, apparition d'un signe physique au moyen de la main, de l'autre, manipulation d'un outil destiné à produire un effet technique : le clic⁵¹² ou frapper sur le clavier un mot de passe, etc. ; il suffit qu'ils remplissent ces deux fonctions pour être des signatures⁵¹³.

Toutefois, le document signé à la main crée un lien indissociable entre le contenu de l'acte validé et sa signature. Cette garantie doit être recherchée dans l'univers du cybercommerçant. C'est pour cela que le législateur précise en quoi la signature électronique doit consister, en l'article 1316-4 alinéa 2 du code civil, « ... *lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification et garantissant son lien avec l'acte auquel, elle s'attache* ». Des solutions existent dans l'univers du cybercommerçant pour remplir dans des conditions de sécurité optimales, les fonctions que sont celles de toute signature. C'est le cas des cartes à puce qui nécessitent l'introduction d'un code confidentiel contrôlé par un système expert indépendant chargé de vérifier l'identité déclarée, et des identifiants biométriques d'un individu, qui obligent un système expert à vérifier que l'identité qu'ils manifestent correspond bien à un spécimen préalablement enregistré dans le système⁵¹⁴.

La signature a pris au cours de l'histoire des formes diverses liées aux moyens que l'homme a eu à sa disposition pour exprimer sa volonté. Formaliser sa volonté consistait à utiliser un support durable et à y inscrire sa volonté au moyen de signes immédiatement intelligibles. Ce support pouvait être de la pierre, de l'argile, du bois, des tablettes de cire, du papyrus, puis ce

⁵¹¹ André PRÜM, L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance, précité, p. 264

⁵¹² Concernant le clic, nous en parlerons dans le chapitre suivant ; Voir *infra* n° 606 relative à la réception légale du geste électronique : le « clic »

⁵¹³ HUET, Jérôme, Le Code civil et les contrats électroniques, Dalloz 2004, p. 539-559, in 1804-2004 : Le Code civil : un passé, un présent, un avenir, p. 545-546

⁵¹⁴ Elisabeth JOLY-PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, précité, n° 516, p. 229 et s.

fut durablement, du papier. Désormais, il est possible de formuler l'expression de sa volonté au moyen de signes enregistrés sur un support électronique⁵¹⁵.

508. En somme, la neutralisation de la dépersonnalisation a imposé de reconnaître juridiquement la signature électronique dans le but de sécuriser l'environnement du cybercommerçant. Cette reconnaissance a nécessité d'avoir recours à l'équivalence des formes consistant à assimiler les critères admis pour la signature dans le cadre de la preuve aux critères de validité du contrat. Ainsi, à travers le renvoi aux critères probatoires, il existe une définition unique de la signature tant comme exigence de validité que comme preuve du contrat. Cette définition résultant de l'article 1316-4 du Code civil, fait ressortir le rôle de la signature. Pour être valide, la signature doit renseigner sur l'identité de l'auteur et manifester l'adhésion du signataire au contenu de l'acte. Ces fonctions sont suffisantes pour caractériser l'acte de signature de façon générale sans qu'il soit indispensable de décrire plus amplement la manière dont il doit s'accomplir ou s'extérioriser concrètement. Cela permet la réception légale de la signature électronique, qui est nécessaire pour garantir la fiabilité de l'univers du cybercommerçant et susciter la confiance des internautes. Aussi, à travers la transposition des fonctions traditionnelles de la signature dans l'univers du cybercommerçant, le législateur ne fait que reprendre la position reconnue et établie par la jurisprudence.

B- La consécration de la jurisprudence antérieure

509. La jurisprudence avait déjà apporté des solutions en mettant l'accent sur les fonctions plutôt que sur le support pour reconnaître la validité de la signature. Ces solutions peuvent être utilisées pour neutraliser les difficultés liées à la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant. Nonobstant l'absence de texte définissant la signature, la jurisprudence avait établi que la signature remplissait deux fonctions : l'identification de l'auteur et l'adhésion au contenu de l'acte. Le législateur ne vient que conforter cette position jurisprudentielle à travers l'article 1316-4 du Code civil. Les critères posés par le législateur pour reconnaître la signature électronique constituent un cadre juridique propice en vue d'instaurer la confiance dans l'utilisation du support électronique.

⁵¹⁵Arnaud RAYNOUARD, Le droit de l'écrit électronique, LPA, 2 avr. 2001, n° 65, p. 15 ; Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, Thèse, éd. Larcier, Bruxelles 2012, n° 125, p. 138

510. La reconnaissance de la signature électronique par le législateur était nécessaire en vue d'encadrer les outils nécessaires au commerce électronique. L'objectif est de conférer une certaine sécurité juridique à l'utilisation du support électronique. Cette sécurité est nécessaire pour le développement du commerce électronique. Il fallait donc que le législateur réaffirme les solutions définies par la jurisprudence pour admettre la signature électronique. La jurisprudence avait permis d'asseoir des règles stables qui résistent à l'évolution de la technique en mettant en relief les fonctions de la signature. La définition de la signature en ses fonctions facilite son adaptation à des réalités nouvelles. La double fonction de la signature a été posée par la jurisprudence avant l'avènement du commerce électronique.

D'abord, à l'occasion d'une signature mal orthographiée, les juges de la Cour d'appel de Bordeaux, le 5 mai 1828, ont rappelé que : « *La condition matérielle de la signature est remplie où, même inhabituel, l'écriture incorrecte du nom de famille révèle l'identité du disposant ...* »⁵¹⁶.

Ensuite, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 22 mai 1975 a énoncé que « *constitue une signature valable, toute marque distinctive et personnelle manuscrite permettant d'individualiser son auteur sans doute possible et traduisant la volonté non équivoque de celui-ci de consentir à l'acte* »⁵¹⁷.

Enfin, la première Chambre civile de la Cour de cassation le 18 décembre 1985, a affirmé que : « *La signature est la marque de l'approbation personnelle et définitive par le testateur du contenu de l'acte et de la volonté de s'en approprier les termes...* »⁵¹⁸.

511. En conclusion du paragraphe 1, nous pouvons retenir que pour neutraliser la dépersonnalisation, il fallait appliquer l'équivalence fonctionnelle dans l'univers du cybercommerçant. La dépersonnalisation manifestée par l'absence de présence physique et l'utilisation d'un moyen de communication à distance, dans l'univers du cybercommerçant, posait des problèmes relatifs à l'écrit et à la signature. Ces problèmes sont dus à la disparition du support papier au profit du support électronique et à l'utilisation d'un procédé technique pour signer plutôt que d'un geste de la main. Pour résoudre ces difficultés suscitées par la dépersonnalisation, le législateur a donc choisi de présenter le concept d'écrit et de signature dans un article très général posant les principes fonctionnels communs à tout écrit et à toute signature. Cela permet d'affirmer que l'écrit et la signature ont le même rôle quel que soit le

⁵¹⁶CA Bordeaux, 5 mai 1828, D. 1828, II, p. 155

⁵¹⁷CA Paris, 22 mai 1975, D. 1976, somm. 8

⁵¹⁸Cass. 1^{re} Civ., 18 déc. 1984, Bull. civ., I, n° 341 ; Gaz. Pal. 1985, somm., 224, obs. M. Grimaldi

type de support. L'objectif visé est de ne pas rester à l'écart des progrès techniques et de ne pas affaiblir les fonctions substantielles de l'écrit et de la signature. Ces fonctions définies au préalable par la jurisprudence, sont transposées dans l'univers du cybercommerçant. L'intervention du législateur à travers la réception légale de l'écrit et de la signature électroniques, permet de sécuriser l'environnement du cybercommerçant. L'objectif est de lever tous les obstacles pour la reconnaissance juridique des contrats du cybercommerçant.

Paragraphe 2- La reconnaissance juridique des contrats du cybercommerçant

512. Dans la majorité des contrats du cybercommerçant, l'écrit n'est pas exigé comme une condition de validité. Toutefois, la loi fait de l'écrit une condition de validité de certains contrats. C'est donc l'écrit en tant que forme qui donne la raison d'être à l'opération juridique. L'absence de l'écrit est sanctionnée par la nullité absolue. C'est le cas par exemple des donations (article 931 du Code civil), des constitutions d'hypothèques (article 2127 du Code civil).

C'est la raison pour laquelle l'article 9-1 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique, instaure l'obligation pour les États membres de veiller « *à ce que leur système juridique rendent possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques, ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ».

Les actes juridiques dès lors que leur validité est subordonnée à l'existence d'un écrit, pourront être établis ou conservés indifféremment sur support papier ou sur support électronique, sans que leur validité puisse être contestée sur ce fondement. L'acte sous seing privé ne fait pas l'objet d'une définition légale. Il est laissé à la libre rédaction des parties contractantes. Il convient d'affirmer que sur le fondement du principe d'assimilation, la dépersonnalisation peut être neutralisée à travers l'application pure et simple des règles existantes. Toutefois, cette reconnaissance générale de la validité du contrat du cybercommerçant n'est pas moins réservée dans certaines hypothèses où l'écrit ne suffit pas à parfaire un contrat *ad validitatem*. Le législateur impose des fois certaines formalités comme la rédaction manuscrite (empreinte de l'homme) pour les actes unilatéraux et la présence du notaire et des parties contractantes (présence de l'homme) pour les actes authentiques. Il convient de s'interroger sur la manière dont ces formalités liées au support papier et à la

présence de l'homme peuvent trouver un équivalent fonctionnel sur support électronique. Pour résoudre ces difficultés dues à la disparition du support papier et du geste de la main, et à l'absence de parties dans l'environnement du cybercommerçant, il faut adapter les règles existantes. Cette adaptation ne vise pas exclusivement les contrats du cybercommerçant, mais tous les contrats en tenant compte de l'évolution de la technique.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation en vue de reconnaître juridiquement les contrats du cybercommerçant, il faut appliquer le principe d'assimilation. Dans certains cas, cela impose d'adapter les règles existantes lorsque l'on exige la présence ou l'empreinte de l'homme (I). Dans les autres cas, il faut faire une application pure et simple des règles existantes (II).

I- L'adaptation des règles existantes

513. Des textes particuliers imposent d'autres formalités que l'écrit dans le but d'informer les contractants de leurs droits et obligations en vue de s'engager en pleine connaissance de cause. Ces textes imposent la trace de la main de l'homme sur le papier ou la présence de l'homme : apposition des mentions manuscrites ou présence d'un témoin qui est le notaire dans le cas de l'authenticité de l'acte. Or, du fait de la dépersonnalisation, les contrats du cybercommerçant n'admettent pas la présence et l'empreinte humaines. Il y a donc nécessité d'adapter les règles existantes. Elles concernent l'apposition des mentions manuscrites (A) et le formalisme de l'authenticité de l'acte (A).

A- L'apposition des mentions manuscrites

514. Les actes unilatéraux sont ceux pour lesquels une personne s'oblige envers une autre sans réciprocité. Parmi ces actes unilatéraux, certains comme les contrats de cautionnement doivent comporter une mention en chiffres et en lettres du montant de la somme à payer ou de la quantité de choses fongibles à fournir. Le formalisme exigé est ancien. Dans sa version issue du Code Napoléon, l'acte unilatéral devait être rédigé entièrement de la main de son auteur. La Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 avait modifié l'article 1326 du Code civil en exigeant la mention manuscrite uniquement « *de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres* », dont il était précisé qu'elle devrait être « *écrite de sa main* ». Ce n'est donc pas la mention qui pose problème, mais c'est la manière dont elle

doit être apposée : en se servant de la main, d'où l'exigence de la présence humaine. Or, cette exigence ne peut être satisfaite dans l'univers du cybercommerçant marqué par la dépersonnalisation.

515. Il existait un obstacle que seule l'intervention du législateur pouvait lever. Cette intervention s'est manifestée à deux niveaux.

D'une part, la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 est venue remplacer les mots « *de sa main* » de l'article 1326 ancien du Code civil par les mots « *par lui-même* ». Cette Loi reformule cette exigence en ces termes : « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres* ».

D'autre part, la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, a ajouté à l'article 1108-1, l'alinéa 2 au Code civil : « *Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même* ».

516. Désormais, tous les actes unilatéraux peuvent être rédigés par voie électronique. L'exigence nouvelle des articles 1126 et 1108-1 alinéa 2 du Code civil, suppose que la technique utilisée permette d'établir que le débiteur a lui-même procédé à l'apposition matérielle de la mention pour s'engager⁵¹⁹. Pour apposer cette mention par soi-même, il est désormais possible d'employer sa main qu'un clavier d'ordinateur. Il est également possible d'écrire un message sur le clavier de son téléphone portable ou d'écrire électroniquement par une commande vocale. Il ressort de cela que ce qui est essentiel, c'est que ce soit la partie qui s'oblige, qui ait actionné l'outil qui lui a permis d'agir, pour apposer la mention.

L'adaptation des règles générales permet l'application du principe d'équivalence à l'exigence d'une mention manuscrite dans l'acte unilatéral. C'est le régime général de l'écrit électronique qui permet de déterminer les technologies qui peuvent remplir les conditions garantissant que les mentions en chiffres et en lettres, relatives à l'objet de l'acte unilatéral, aient été apposées par l'auteur même de cet acte. Et cela est rendu possible grâce à l'équivalence fonctionnelle⁵²⁰. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation,

⁵¹⁹Elisabeth JOLY-PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, précité, n° 503, p. 220

⁵²⁰Anne PENNEAU, La forme et la preuve du contrat électronique, in L'acquis communautaire : Le contrat électronique, (Dir. Judith ROCHEFELD), éd. Economica 2010, n° 6.52, p. 318

dans un arrêt du 13 mars 2008, a appliqué le nouvel article 1326 du Code civil en relevant que « *Si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conformes aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention* »⁵²¹.

517. En définitive, la modification de l'article 1326 du Code civil dont l'exigence d'une mention en chiffres et en lettres en cas d'engagement unilatéral de payer une somme d'argent est satisfaite désormais par voie électronique. C'est la manière dont la mention doit être apposée : par la main, impliquant une présence humaine, qui posait problème. L'exigence de cette forme manuscrite ne serait pas atteinte par l'utilisation des procédés issus de l'environnement du cybercommerçant. Il fallait donc l'intervention du législateur pour adapter cette règle à l'environnement du cybercommerçant. L'adaptation des règles générales permet de neutraliser la dépersonnalisation. Il en est de même du formalisme de l'authenticité de l'acte.

B- Le formalisme de l'authenticité de l'acte

518. L'acte authentique est régi par l'article 1317 du Code civil qui en donne une définition en ces termes : « *L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ». Les contrats exigeant pour leur validité d'être passés en la forme authentique sont peu nombreux, et surtout presque inexistants dans le cas du commerce électronique. Toutefois, nous ne pouvons les ignorer dans le cadre de cette étude. Il s'agit entre autres, du contrat de location-accession à la propriété immobilière, de la vente d'immeuble à construire portant sur des locaux à usage d'habitation. La difficulté réside dans l'élément essentiel de qualification de l'authenticité. En effet, le témoignage et l'obligation de conseil à la charge d'une personne, ici le notaire, permet d'assurer l'identité des parties et le lien entre leur manifestation de volonté et un contenu donné. Si l'authenticité est caractérisée par le témoignage du notaire et son obligation de conseil, cela nécessite sa présence. Or les réseaux électroniques sont

⁵²¹Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, Bull. civ., I, n° 73, JCP G 2008, II, 10081, obs. E. Putman ; Defrénois 2008, art. 1346, obs. R. Libchaber

marqués par la dépersonnalisation dans la mesure où les parties contractantes sont éloignées l'une de l'autre. Il ressort de cela que pour reconnaître l'acte authentique dans l'univers du cybercommerçant, il faut neutraliser la dépersonnalisation à travers l'adaptation des règles générales.

519. La définition de l'acte authentique fait ressortir que l'authenticité est la résultante d'une action spécifique : le fait d'« avoir reçu ». La réception du *negocium* et la rédaction de l'*instrumentum*, par l'officier public constitue l'élément fondamental du processus conduisant à l'authenticité. S'il apparaît évident que lorsque les acteurs (officier public et comparants) assistent physiquement au processus de réception, la condition d'efficacité de leur présence est remplie, tel n'est pas en revanche le cas dans l'univers du cybercommerçant.

Le cœur du problème réside dans la rédaction proprement dite du titre authentique. Celui-ci tient toute sa force de la présence simultanée des parties et de l'officier public, pour que soient accomplies de concert les solennités exigées par les textes. L'authenticité ne peut se passer de cette comparution physique du contractant par-devant le témoin privilégié habile à recevoir l'acte. La présence de l'officier public est de l'essence même de la notion d'authenticité. L'acte authentique trouve sa force dans la qualité de témoin privilégié du notaire qui atteste la signature, la date, mais aussi le contenu de l'acte. Ce point central étant tenu pour essentiel, c'est autour de lui qu'il faut inventer les adaptations possibles des formes actuelles au commerce électronique⁵²².

520. Les termes de l'article 1317 du Code civil, n'ont pas variés. Toutefois, la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, a doté cet article d'un second alinéa ainsi rédigé : « *Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». La validité de l'acte authentique électronique est soumise aux exigences essentielles définies par les règles générales, mais également aux décrets d'application propres auxquels l'article 1316-4 du Code civil renvoie, et encore à une réglementation particulière. Ces dispositions réglementaires ont été établies par deux décrets

⁵²²Pierre CATALA, Le formalisme et les nouvelles technologies, Defrénois 15 août 2000, n° 15-16, p. 897 ; Céline CASTETS-RENARD, Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée, Defrénois, 30 oct. 2006, n° 20, p. 1529

du 10 août 2005 concernant, d'une part l'acte notarié⁵²³ et, d'autre part, les actes authentiques d'huissier⁵²⁴.

L'article 20 du Décret n° 2005-973 pour les actes établis par les notaires, résout le problème de la distance en matière de contrat électronique en ces termes : « *Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente ni représenté devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli par un autre notaire devant lequel elle comparaît et qui participe à l'établissement de l'acte. Cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi. L'échange des informations nécessaire à l'établissement de l'acte s'effectue au moyen du système de transmission de l'information mentionné à l'article 16. Chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa propre signature. L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée* ». Il prévoit que le consentement de la partie ni présente, ni représentée devant le notaire instrumentaire soit recueilli par un notaire « réceptionnaire », devant lequel elle comparait et qui participe à l'établissement de l'acte et le signe⁵²⁵.

L'acte authentique électronique est reçu par deux officiers publics, certes distants mais bien physiquement présents. Un acte reçu à distance par deux officiers préserve à l'évidence l'exigence de la présence physique de l'officier public et des parties contractantes. Concrètement, les officiers publics sont placés à chaque extrémité de la chaîne de communication et recueille avec les formalités traditionnelles requises, le consentement de chacune des parties éloignées, sur des actes séparés. Aussi, l'élément essentiel pour les parties est naturellement le consentement éclairé à l'acte. Elles peuvent donc signer sur une tablette graphique ou sur un papier qui sera scanné⁵²⁶. En dépit de la dépersonnalisation marquée par le défaut de présence physique des parties contractantes, l'acte authentique peut être réalisé par voie électronique selon les exigences traditionnelles requises qui privilégient la présence du notaire et le consentement éclairé des parties contractantes.

⁵²³Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 nov. 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF 11 août 2005, p. 13096

⁵²⁴Décret n° 2005-972 du 10 août 2005, JORF 11 août 2005, p. 13095

⁵²⁵Anne PENNEAU, La forme et la preuve du contrat électronique, in L'acquis communautaire : Le contrat électronique, (Dir. Judith ROCHEFELD), éd. Economica 2010, n° 6.53, p. 320 ; HUET, Jérôme, Le Code civil et les contrats électroniques, précité, p. 557-558 ; Laurent Jacques, L'authenticité de l'acte authentique électronique, Comm. com. électr. janv. 2003, Chron. 1, p. 11 ; Eric CAPRIOLI, Sécurité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification, JCP G 1998, I, p. 583

⁵²⁶Thierry PIETTE-COUDOL, Décrets 2005-972/973 : les notaires et les huissiers à la rencontre des actes authentiques électroniques, RLDI 2005 (article n° 251) oct. 2005, n° 9 ; Thierry PIETTE-COUDOL, Signature du premier acte authentique électronique, RLDI nov. 2008, n° 43

521. En somme, l'exigence de la présence ou de l'empreinte de l'homme dans certains contrats nécessitait l'intervention du législateur dans le but d'adapter les règles existantes à l'univers du cybercommerçant. L'impossibilité d'atteindre le résultat sur Internet compte tenu de l'absence de l'empreinte et de la présence humaines a nécessité la modification des règles existantes. D'une part, il s'est agi de ne pas laisser l'acte authentique à l'écart des progrès techniques, mais qui ne doit pas aussi s'accomplir au prix d'un affaiblissement de l'authenticité. Et, il s'est agi d'autre part, de lever l'obstacle dû à l'apposition des mentions manuscrites. Dans d'autres situations par contre, la dépersonnalisation ne pose pas de problème majeur, d'où l'application pure et simple des règles existantes.

II- L'application pure et simple des règles existantes

522. La condition de forme est soumise à l'accomplissement de certaines formalités dans le but de protéger le consentement. Ces formalités spéciales relatives à l'écrit porte sur sa présentation ou sa lisibilité et la fourniture d'un document particulier. Ces formalités peuvent s'accomplir aisément sur le support électronique. Ici, la dépersonnalisation est simplement neutralisée par l'application de l'équivalence fonctionnelle. Elle ne représente pas un obstacle à l'application des règles générales, dans le cadre de certaines conditions de validité en la forme des contrats du cybercommerçant. L'adaptation des règles existantes dans ce cas précis, ne saurait se justifier. Il faut faire une application pure et simple des règles existantes. Il s'agit des exigences liées à l'écriture (A) et du formulaire détachable (B).

A- Les exigences liées à l'écriture

523. Les exigences de forme sont nécessaires à la validité de certains contrats : il s'agit des conditions particulières de lisibilité ou de présentation. Le cybercommerçant peut à travers son site Internet ou par courrier électronique sans aucune difficulté offrir les qualités de clarté et de compréhensibilité requises par certains textes qui s'appliquent au commerçant traditionnel. Ces textes exigent des conditions de formes spécifiques relatives à la présentation de l'écrit. Les exigences liées à l'écriture visent à protéger le consentement du cocontractant dans certains contrats passés par le commerçant traditionnel. Elles sont

satisfaites aisément dans l'univers du cybercommerçant à travers l'application de l'équivalence fonctionnelle.

524. Les conditions de formes spéciales destinées à protéger le consentement se retrouvent dans les contrats avec les consommateurs et sont régies par le Code de la consommation et le Code des assurances.

D'une part, les exigences liées à l'écriture, posées par le Code de la consommation concernent le contrat de consommation en général et le contrat de crédit à la consommation en particulier. Nous pouvons citer l'article L. 133-2 du Code de la consommation, qui exige que « *les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Ces exigences concernent aussi l'article R. 311-6 du Code de la consommation, relatif à l'offre préalable de crédit à la consommation, prévue à l'article L. 311-8 du Code de la consommation selon lequel « *cet acte doit être présenté de manière claire et lisible. Il est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps de huit* ».

D'autre part, en ce qui concerne le Code des assurances, nous pouvons énumérer l'article L. 112-3 du Code des assurances : « *le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent Code, sont rédigés par écrit, en français, en caractère apparent...* ». Il en est de même de l'article L. 112-4 du Code des assurances qui dispose que « *... les clauses de police édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents* ».

525. Ces textes peuvent être transposés sans difficultés dans l'univers du professionnel du commerce électronique en ayant recours à l'équivalence fonctionnelle. C'est dans ce cadre que l'article 26 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique renvoyait à une ordonnance afin de prévoir des équivalents électroniques pour les exigences particulières d'écrit qui ne pouvaient être satisfaites par la simple déclaration d'équivalence de l'article 1108-1 du Code civil. Ainsi, l'article 1369-10 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005⁵²⁷ affirme que : « *Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes ...* »

⁵²⁷Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique : JO 17 juin 2005, p. 10342

526. En définitive, les exigences de formes spéciales concernant l'écrit ont pour finalité d'assurer la clarté du texte et de faciliter sa compréhension, afin de protéger le consentement du cocontractant. Elles peuvent s'appliquer sans difficulté dans l'univers du cybercommerçant. Ces exigences sont satisfaites à travers un écrit électronique sur le fondement de l'équivalence fonctionnelle. Il ressort de cela que la dépersonnalisation ne représente pas un obstacle face aux conditions de validité en la forme des contrats du cybercommerçant, concernant les exigences liées à l'écriture. Il en est de même du formulaire détachable.

B- Le formulaire détachable

527. La remise d'un formulaire détachable est prescrite par certains textes du droit de la consommation dans le cadre du commerce traditionnel. Le rôle du formulaire détachable est de faciliter au maximum l'exercice du droit de rétractation du consommateur. Il s'agit d'une facilité matérielle, le support papier n'ayant finalement aucune importance particulière, cette exigence peut se faire sur le support électronique. Il ressort de cela que la dépersonnalisation ne pose pas de problème particulier. Ces textes s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant sur le fondement de l'équivalence fonctionnelle.

528. Dans le cadre du contrat de crédit à la consommation, afin de permettre à l'emprunteur qui a souscrit un crédit à la consommation de se rétracter, un formulaire détachable doit être joint à son exemplaire du contrat de crédit. C'est ce qu'affirme l'article L. 311-15 du Code de la consommation en ces termes : *« A compter du jour suivant la mise à disposition des fonds à l'emprunteur et en cas de rétractation, l'emprunteur rembourse au prêteur le capital versé et paie les intérêts cumulés sur ce capital depuis la date à laquelle le crédit lui a été versé jusqu'à la date à laquelle le capital est remboursé, sans retard indu et au plus tard, trente jours calendaires révolus après avoir envoyé la notification de la rétractation au prêteur... »*.

Les formulaires peuvent désormais être mis à disposition sous forme électronique, comme le formulaire détachable visé en droit de la consommation, si le consommateur peut y accéder et le renvoyer par la même voie. C'est ce qui ressort de l'article 1369-10, alinéa 2 du Code civil qui soutient que *« ... L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie »*. En outre, l'article 1369-3 du Code civil affirme que : *« Les informations destinées à un*

professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir ».

529. En résumé de cette première section, nous pouvons affirmer que le principe d'assimilation se manifeste à travers l'équivalence fonctionnelle dans le but de rendre valables les contrats du cybercommerçant. La dépersonnalisation qui caractérise les relations contractuelles du cybercommerçant n'admet pas le support papier et l'empreinte et la présence de l'homme. Cela a eu un impact sur les exigences traditionnelles déterminant la validité en la forme du contrat à savoir l'écrit et la signature. Pour sécuriser l'univers du cybercommerçant, et permettre le développement du commerce électronique, il fallait reconnaître juridiquement l'écrit et la signature électroniques. La réception légale de l'écrit et de la signature électronique a imposé de déterminer les fonctions traditionnelles de l'écrit et de la signature en vue de les transposer dans l'univers du cybercommerçant. La conséquence est d'admettre la validité des contrats du cybercommerçant. Cela passe dans certains cas, par l'application pure et simple des règles générales, et dans d'autres cas par l'adaptation des règles générales lorsque l'on exige la présence et l'empreinte humaines. Par conséquent, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut appliquer le principe d'assimilation à la forme du contrat du cybercommerçant. Aussi, un autre principe général peut être utilisé pour neutraliser la dépersonnalisation : c'est le principe de non-discrimination.

Section 2- Le principe de non-discrimination

530. La dépersonnalisation produit des effets sur la preuve du contrat dans l'univers du cybercommerçant marqué par la disparition du support papier. L'utilisation du support électronique posait des difficultés lorsqu'il s'agissait de faire la preuve des contrats en l'absence du support papier. Les formalités probatoires sont généralement requises pour se préconstituer la preuve de la réalisation d'une opération juridique. C'est le cas pour s'assurer la preuve de l'existence, de la date et du contenu de l'opération juridique. Cette preuve préconstituée prend la forme d'un écrit. Le Code civil n'a jamais exigé qu'un acte juridique soit prouvé par un écrit sur support papier. Certes, l'état des techniques, qui permet l'emploi de certains procédés probatoires, a conféré au papier une place prépondérante en matière de preuve. Sans doute trouve-t-on un lien d'affinité entre le papier et l'écrit, mais ce lien est sociologique, et non juridique. Plus techniquement, on prétendait que le système de preuve légale français faisait obstacle à la recevabilité des documents du cybercommerçant comme mode de preuve et supposait de déterminer leur force probante⁵²⁸. C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu pour admettre la recevabilité comme preuve du document contractuel du cybercommerçant et déterminer sa force probante. Cette intervention du législateur s'est matérialisée à travers la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique qui a transposé la Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Cette loi est venue traiter du rapport de l'écrit à son support, de la définition de l'écrit reconnu comme mode de preuve, de la valeur probatoire de l'écrit, des conflits entre les différentes preuves, de la définition de la signature et de la signature électronique, de la fiabilité des procédés mis en œuvre.

La méthode utilisée pour reconnaître légalement la preuve électronique a été marquée par la nécessité de mettre sur un pied d'égalité l'écrit papier et l'écrit électronique : c'est le principe de non-discrimination. Cela a permis d'affranchir l'écrit du support papier à travers les caractères de généralité et de permanence des règles. Le choix a été fait de privilégier une approche neutre de la preuve littérale et de ne pas distinguer entre les différentes formes d'écrits, quelles qu'elles soient. Ces choix se manifestent dans la définition donnée à l'écrit et dans la place qui est conférée à l'écrit électronique dans la hiérarchie des modes de preuve. Les dispositions relatives à la preuve sont conçues au regard de certaines exigences pratiques, telles la sécurité et la pérennité, lesquelles peuvent résulter de divers supports. La recevabilité

⁵²⁸ Arnaud RAYNOUARD, Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Defrénois, 30 mai 2000, n° 10, p. 593

et la force probante de la preuve électronique nécessitent qu'on ait suffisamment de certitude sur la sécurité de la technique utilisée pour passer et archiver les contrats du cybercommerçant.

Il en résulte qu'à travers le principe de non-discrimination, on permet l'élaboration ou la consécration des règles indépendantes de la technique ou du support utilisé. Il est donné effet au principe de non-discrimination afin de neutraliser la dépersonnalisation. Il s'est agi dans ce contexte d'affirmer l'indifférence du document contractuel du cybercommerçant (Paragraphe 1) en vue de l'application du régime traditionnel de la preuve dans l'univers du cybercommerçant (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- L'indifférence du document contractuel du cybercommerçant

531. La dépersonnalisation affecte le document contractuel qui n'a plus pour support le papier. Le moyen de communication à distance utilisé par le cybercommerçant impose le support électronique au document contractuel et remet ainsi en cause l'opinion commune qui identifiait le document au support papier. Cela pose évidemment des difficultés dans la preuve des contrats électroniques.

Un document « *est l'ensemble d'un support d'information et des données enregistrées par celui-ci sous forme en général permanente et lisible par l'homme ou par la machine* »⁵²⁹. Le document est un support d'information, constitué de deux éléments : un élément de forme qui est le support, et un élément de fond, le contenu qui est l'écrit. Le document a toujours servi de preuve dans les relations contractuelles du commerçant traditionnel. Ce document a pour support le papier. Dans sa rédaction précédente, la section du Code civil relative à la preuve littérale, ne définit pas la preuve. C'est donc l'acception implicite du terme « littéral » assimilé au support papier qui est devenue trop étroite et qui doit être élargie par une définition explicite, ouvertes aux technologies du présent et du futur⁵³⁰. Ainsi, l'introduction du support électronique, à côté du papier dans le droit de la preuve s'est faite sur le fondement de définitions susceptibles d'englober les deux supports : papier et électronique. Il a semblé utile au législateur d'explicitier, dans des dispositions à caractère plus ou moins didactique ce qu'il faut entendre par preuve littérale⁵³¹. Si le support de l'information a longtemps été assimilé au papier, celui-ci devient désormais indifférent pour toutes sortes de support dont le

⁵²⁹Éric CAPRIOLI, Contribution à la définition d'un régime juridique pour la conservation des documents : du papier au message électronique, DIT, 1993, III, p. 5, norme ISO 2382/IV-1974

⁵³⁰Pierre CATALA, Le formalisme et les nouvelles technologies, précité, n° 15-16, p. 897

⁵³¹Jérôme HUET, Vous avez dit « contrats électroniques » ?, précité, p. 553

support électronique utilisé par le cybercommerçant. Un écrit sur support électronique est admis comme preuve et obéit au même régime juridique que l'écrit sur support papier. Le principe de non-discrimination nécessaire à la neutralisation de la dépersonnalisation se manifeste ici, à travers l'indépendance de l'écrit à l'égard du support (I) qui permet la réception légale de la preuve électronique (II).

I- L'indépendance de l'écrit à l'égard du support

532. Le principe de non-discrimination est nécessaire pour neutraliser les problèmes relatifs à la preuve et posés par la dépersonnalisation qui a entraîné la disparition du support papier au profit du support électronique dans l'environnement du cybercommerçant. Il se manifeste à travers la neutralité des règles, admettant l'indépendance de l'écrit à l'égard du support. La neutralité technologique ne fait qu'affirmer que la loi ne devrait pas réguler le développement de la technologie. C'est pour cela que le législateur a d'abord donné une définition générale de l'écrit. Ensuite, il a affirmé l'autonomie de la preuve à l'égard du support en rattachant à une même catégorie les deux applications qui en sont désormais admises : l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique. La preuve par écrit peut être fixée sur tout type de support et ne dépend pas de son mode de transmission, seule est essentielle son intelligibilité. Ce qui fait une preuve, c'est ce qui convainc le juge de la réalité de la légitimité des droits contestés, d'où l'absence d'hierarchie entre la preuve électronique et la preuve sur support papier.

L'indépendance de l'écrit à l'égard du support se matérialise donc à travers le caractère général de la définition de l'écrit (A) et l'autonomie de la preuve à l'égard du support (B).

A- Le caractère général de la définition de l'écrit

533. La dépersonnalisation pose de nouveaux défis dans le cadre de la preuve dans l'univers du cybercommerçant. Il s'agit de la difficulté de faire la preuve du contrat non pas à travers le support papier mais plutôt à travers le support électronique. Pour résoudre cette difficulté, la loi offre la définition de la preuve littérale, à partir de laquelle est construite la preuve électronique. Cette définition résulte de l'article 1316 du Code civil : « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur*

support et leurs modalités de transmission ». Originellement destiné à définir la notion de preuve littérale, l'article 1316 du Code civil ne vise en fin de compte que la notion d'écrit. Il rejette toute condition de forme qui compromettrait l'accès des nouveaux procédés de communication et d'échanges commerciaux. Il permet de ce fait, grâce à son caractère général, d'intégrer le support électronique dans le cadre de la preuve du contrat en neutralisant la dépersonnalisation. La primauté est accordée au caractère général de la définition de l'écrit qui s'apprécie tant au niveau des éléments constitutifs (1) qu'au niveau des modalités affectant l'écrit (2).

1- Les éléments constitutifs de l'écrit

534. L'article 1316 du Code civil énonce que l'écrit est constitué de deux éléments : un élément matériel en ce qu'il faut des lettres, caractères, chiffres, signes et symboles, et un élément intellectuel qui est l'intelligibilité. Les éléments matériels doivent être chargés de signification. Le législateur se détache de l'emprise du papier en accordant la primauté à la signification intelligible des éléments matériels de l'écrit. Cela permet d'intégrer le support utilisé par le cybercommerçant, et facilite de ce fait la preuve des contrats électroniques.

535. Dans un premier temps, la définition de l'écrit est donnée à travers une énumération largement ouverte à toutes sortes d'écrits puisqu'elle inclut non seulement les lettres, les caractères, les chiffres, mais également « tous autres signes ou symboles ». Les termes sont si vastes que la définition de l'écrit permet une extension considérable du nombre de documents susceptibles de constituer une preuve par écrit. Le texte va beaucoup plus loin car le signe ou le symbole permet d'envisager des écritures qui ne sont pas immédiatement compréhensibles. Il s'agit notamment de l'écriture électronique. Le langage de l'informatique qui est le langage binaire (0 et 1) est intégré dans cette définition. Aussi, le langage utilisé dans le cadre de la cryptologie, qui est une notation numérique qui permet la communication au moyen de signes conventionnels, est admis. La nature des signes reste donc indifférente, peuvent être admises à ce titre les données numériques, comme leur version cryptée. Les éléments constitutifs de l'écrit ne sont pas enfermés dans le présent mais intègrent aussi, d'autres signes ou symboles qui ne sont pas connus ou qui pourraient survenir plus tard. Cela permet d'intégrer d'une part les éléments de l'écrit électronique et d'autre part, des éléments

des technologies futures. Il y a là une manière de consacrer l'unité qui existe entre les différents types d'écrits.

536. Dans un deuxième temps, le législateur accorde la primauté à l'élément intellectuel. L'article 1316 du Code civil requiert que la suite de lettres, de caractères, de chiffres, de signes ou de symboles, pour être qualifiée d'écrit, doit être doté d'une signification intelligible. C'est l'élément intellectuel de l'écrit. Cet élément suppose que les éléments matériels doivent être reçus et compris par leur destinataire. Il faut au moins que les deux interlocuteurs puissent se comprendre à travers cette suite de lettres, de signes, de chiffres, de caractères et de symboles. Peu importe que les lettres, chiffres, caractères et autres signes et symboles soient passés par voie électronique en vue de leur transfert ou de leur stockage, pourvu que ce mode d'écriture puisse être déchiffré par un ordinateur qui restituera le message à sa forme initiale. En cela, l'écrit électronique, n'est pas différent des écrits traditionnels, car il admet la signification intelligible de la suite de lettres, de chiffres, de signes, de caractères ou de symboles.

2- Les modalités affectant l'écrit

537. Les modalités affectant l'écrit sont constituées du support et du mode de transmission de l'écrit. La suite de lettres, pour être compris, doit être fixée sur un support et peut être transmis. Ainsi, il s'est agi dans ce cadre, de ne pas se limiter au support papier tant pour l'écriture que pour la transmission. Il ressort de cela que l'écrit s'extrait de toute référence à une façon de l'établir et de le transmettre. Il existe de ce fait une totale liberté de choix du support et du mode de transmission de l'écrit. La pérennité de l'écrit est donc assurée à travers le principe de non-discrimination qui impose la neutralité technologique.

538. L'établissement de l'écrit n'est plus limité au support papier. La communication de l'information n'est plus limitée au support papier. La conséquence est que l'établissement de l'écrit et sa transmission admettent de ce fait tout type de support. A travers la généralité de la définition de l'écrit, l'on peut inclure le support électronique qui permet tant l'écriture des signes que leur transmission. Le support devient donc indifférent. Les termes de l'article 1316 du Code civil sont plus amples et permettent une extension remarquable du nombre de documents susceptibles de constituer un écrit. Ils séparent l'écrit

de son support en lui permettant de vivre indépendamment de son support. L'indifférence du support est fondée sur le principe de neutralité technologique. La neutralité technologique est la caractéristique d'une loi qui énonce des droits et des obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi se désintéresse du cadre technologique mis en place. Elle ne désigne aucune technologie comme étant celle devant être installée pour la réalisation d'une opération. Le législateur essaie de rester impartial par rapport aux standards et normes technologiques⁵³².

539. En définitive, le principe de non-discrimination a été appliqué pour neutraliser la dépersonnalisation, à travers une définition générale de l'écrit compte-tenu des difficultés suscitées par l'absence du support papier dans le cadre de la preuve des contrats du cybercommerçant. Cette définition de portée générale est marquée par l'indifférence de la nature des signes et des supports et la primauté de la signification intelligible. Elle couvre de ce fait sans difficulté, les deux hypothèses, l'écrit sur support papier et l'écrit électronique, sans oublier de se tourner vers l'avenir en prenant en compte d'autres supports et signes. Cette généralité de la définition de l'écrit permet d'asseoir l'autonomie de la preuve à l'égard du support.

B- L'autonomie de la preuve à l'égard du support

540. La disparition du support papier dans l'univers du cybercommerçant marqué par la dépersonnalisation exigeait de garantir la sécurité juridique à travers la possibilité de faire la preuve des contrats électroniques. Le législateur apporte une solution en affirmant aux termes de l'article 1316-1 du Code civil que : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier...* ». L'écrit se définissant sans considération de son support, il n'est pas nécessaire de dire qu'établi sur un support, il vaut tout autant qu'établi sur tout autre support. C'est plutôt la volonté pédagogique qui a prévalu. Dans un contexte où l'écrit électronique n'était pas entré dans les mœurs, il était bon d'indiquer en termes exprès et dépourvus d'équivoque qu'elle était la volonté du législateur⁵³³. Cette volonté est d'affirmer l'égalité entre la preuve sur support papier et la

⁵³² Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, Thèse précitée, n° 102, p. 113

⁵³³ Michel VIVANT, Le contrat plongé dans l'« économie numérique », Rev. des contrats, 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 533

preuve sous forme électronique en vue de consacrer l'autonomie de la preuve à l'égard du support. Cela permet de sécuriser l'environnement du cybercommerçant. L'autonomie de la preuve passe nécessairement par l'absence d'hierarchie entre les modes de preuve (1) et la primauté de la notion de vraisemblance (2).

1- L'absence d'hierarchie entre les modes de preuve

541. Le législateur apporte une solution de principe aux conflits qui auraient pu s'élever entre les modes de preuve (surtout les témoignages et les preuves littérales) et il le fait en s'appuyant sur une hiérarchie établie en fonction de la force probante que la loi assigne par avance à chacun d'eux. Toutefois, lorsqu'il s'agit de conflit entre modes de preuve littérale, le législateur consacre l'égalité des supports. Il convient d'affirmer que le support papier et le support électronique font l'objet des mêmes règles sans que l'un ne soit supérieur à l'autre. Ainsi, l'absence d'hierarchie entre les modes de preuve, est consacrée, et elle permet de neutraliser la dépersonnalisation à travers la reconnaissance de la preuve électronique. Elle se manifeste tant au niveau de la recevabilité qu'au niveau de la force probante.

542. D'une part, concernant la recevabilité, il est interdit de privilégier la preuve sur support papier lorsqu'il existe un conflit de preuve entre le support papier et le support électronique. Tous les supports sont donc admis en preuve. La primauté du support papier disparaît. Cela est traduit par l'article 1316-1 du Code civil en ces termes : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». L'affirmation de l'égalité de l'écrit électronique avec l'écrit sur support papier permet de libérer la modalité de rédaction du corps du texte. Cette égalité se réalise au prix d'une exigence quant à l'imputabilité de l'écrit électronique à son auteur et une garantie d'intégrité du support.

D'autre part, en ce qui concerne la force probante, à partir du moment, où la preuve littérale est définie comme un écrit, indifféremment de son support, il semble logique que ces différents supports ne puissent servir à différencier les écrits rapportés ensuite devant le juge selon une quelconque hiérarchie. Le législateur a ressenti le besoin de préciser la force probante qu'il attachait à l'écrit électronique. Cette précision a une visée pédagogique. Elle

se matérialise à travers l'article 1316-3 du Code civil qui énonce que : « *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ».

2- La primauté de la notion de vraisemblance

543. L'indifférence du support est affirmée dans le cadre du conflit de preuve littérale. Le juge est tenu de régler ce conflit de preuve littérale en privilégiant la vraisemblance. C'est ce qui résulte de l'article 1316-2 du Code civil en ces termes : « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ». Il ressort de cela que la preuve électronique peut être efficace tout comme la preuve sur support papier. La preuve électronique se trouve alors consacrée par l'ordre juridique, et elle est efficace lorsqu'elle paraît vraisemblable au juge.

544. Aujourd'hui, avec la reconnaissance de l'écrit électronique comme preuve littérale, l'article 1316-2 du Code civil laisse au juge le soin de régler les conflits de preuve littérale en se fondant sur la vraisemblance des éléments qui lui sont soumis. Cet article confère au juge le pouvoir d'apprécier la preuve littérale qui est la plus vraisemblable. La vraisemblance est un critère d'origine jurisprudentielle. L'appréciation du juge consistera à rechercher ce qui lui semble vrai ou bien le titre qu'il considère comme étant le plus crédible et le plus fiable. La crédibilité c'est le contenu de la preuve, ce qu'elle enseigne, les faits réels qu'elle relate. La fiabilité vise la forme de la preuve. Elle s'attache à son support car l'efficacité d'une preuve est toujours liée à la sécurité offerte par le support qui la contient. L'appréciation par le juge de la valeur probante des procédés de preuve est perçue comme une appréciation portant sur la vérité des faits. En cas de difficultés, le juge peut être amené à ordonner l'intervention d'un expert. Ainsi, en vue d'assurer l'autorité de l'appréciation judiciaire, la seule issue possible semble être dans ce cas, le recours à l'expert. Celui-ci se caractérise socialement, non par son autorité pour dire le juste, mais par sa compétence pour dire le vrai⁵³⁴. Le procédé vise à faire confiance au juge sans lui imposer la supériorité d'un moyen de preuve. Cette règle s'applique à l'égard de tous les supports.

⁵³⁴Xavier LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Thèse Paris I, LGDJ 1994, n° 104, p. 170

545. En somme, le principe de non-discrimination a permis de consacrer l'autonomie de la preuve à l'égard du support. L'autonomie de la preuve à l'égard du support a permis d'affirmer l'absence d'hierarchie entre la preuve sur support papier et la preuve électronique pour accorder la primauté à la notion de vraisemblance. Cela était nécessaire dans le but de neutraliser la dépersonnalisation en sécurisant l'univers du cybercommerçant. Désormais, le document contractuel du cybercommerçant peut être admis comme preuve dans les mêmes conditions que le document du commerçant traditionnel. Cela est rendu possible grâce à la réception légale de la preuve électronique.

II- La réception légale de la preuve électronique

546. En l'absence d'une définition précise, il n'existait pas d'obstacle à une interprétation extensive du concept de preuve littérale. Cependant le support papier ayant déjà approfondi son emprise dans le domaine de la preuve littérale et conquis les champs de conscience, l'opinion dominante considérait que les règles existantes ne permettaient pas une nouvelle prise en compte des documents électroniques. C'est pour cela qu'une réforme fut proposée dans le but de sécuriser les relations contractuelles du cybercommerçant dans un environnement marqué par la disparition du support papier et l'utilisation du support électronique. Apporter des solutions convenables aux problèmes de preuve qu'engendre la dépersonnalisation des transactions passées par voie électronique constitue l'une des priorités dans cette recherche de la sécurité. Ainsi encadrée par des exigences précises qui en justifient la recevabilité, la preuve en matière électronique peut être consacrée. Et de cette façon, le droit contribuera à renforcer la sécurité dans les échanges immatériels⁵³⁵. Il convient d'affirmer que sur le fondement du principe de non-discrimination, la dépersonnalisation peut être neutralisée à travers l'application pure et simple des règles existantes. Toutefois, des difficultés subsistent lorsque l'on exige l'empreinte de l'homme dans le cadre de l'original qui impose spécialement que le document soit signé de la main des parties et conservé ensuite sur son support initial. Pour résoudre ces difficultés, il faut adapter les règles existantes. Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut avoir recours au principe de non-discrimination qui impose la réception légale de la preuve électronique, exigeant dans certains cas, l'adaptation des règles existantes (A) et dans d'autres cas, l'application pure et simple des règles existantes (B).

⁵³⁵Jérôme HUET, Preuve et sécurité juridique en cause dans l'immatériel, Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p. 166

A- L'adaptation des règles existantes

547. La réception légale de la preuve électronique soulève différentes questions ordonnées autour de la forme originale lorsque celle-ci est nécessaire non pas pour valider le contrat, mais plutôt pour valider le document en tant que preuve. Dans le support papier, l'original s'entend d'un document écrit, par un procédé quelconque, spécialement signé de la main des parties et conservé ensuite sur son support initial. La copie est la reproduction littérale sur un autre support de l'acte original, non signée cette fois par les parties. Les différents exemplaires du contrat ne répondront à leur objectif qu'à la condition de pouvoir faire pleinement foi en justice. C'est pour cela que l'article 1325 du Code civil exige des originaux en énonçant que « *les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct* ». Or, du fait de la dépersonnalisation, les contrats du cybercommerçant n'admettent pas la présence et l'empreinte humaines. L'impossibilité technique de respecter la formalité du double original (qui impose une signature par la main) nécessite d'adapter les règles existantes.

548. Le problème qui se pose est la définition de l'original dans l'univers du cybercommerçant et sa distinction de celle de la copie. Ce qui fait l'original ce n'est pas le procédé par lequel le document a été obtenu. Peu importe qu'il l'ait été par duplication, au carbone ou par photocopie. L'écrit revêtira la qualité d'original dès lors qu'il aura été signé, spécialement signé par les parties. Leur signature, elle, ne saurait donc résulter d'un procédé de reproduction. Le signe doit avoir pour origine le mouvement de la main de celui à qui on l'impute⁵³⁶. Aussi, comment admettre d'un point de vue juridique que telle reproduction d'un document électronique constitue l'original ou une copie alors qu'elles sont identiques et peuvent être multipliées à l'infini⁵³⁷ ?

Le droit attache des effets importants à cette différenciation. Les copies non signées d'un acte sous seing privé ne sont susceptibles d'être produites en justice qu'à condition que celui qui s'en prévaut, montre également l'original. L'absence de la formalité du double ne menace pas l'existence de la convention, mais prive l'acte juridique de sa force probante⁵³⁸. Cette formalité du double original tend à assurer aux parties une situation égale quant à la preuve. Au préalable, il faut préciser qu'un seul exemplaire suffit s'il est déposé entre les mains d'un

⁵³⁶Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, Contrats et obligations - Actes sous seing privé synallagmatique – Formalité du double, Jurisclasseur, 8, 2003 Art. 1325, fasc. 140

⁵³⁷Florence MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, Thèse précitée, n° 167 et s., p. 252 et s.

⁵³⁸Cass. 3^e civ., 26 juin 1973, Bull. civ. 1973, III, n° 444

tiers chargé de le tenir à la disposition de tous, ou si l'une des parties a immédiatement exécuté son obligation.

549. La transposition de la formalité du double original est délicate dans l'univers du cybercommerçant compte-tenu de la dépersonnalisation marquée par l'absence des parties contractantes et l'utilisation du support électronique au détriment du support papier. C'est la raison pour laquelle, il faut avoir recours à l'adaptation de l'article 1325 du Code civil. Désormais l'article 1325 du Code civil comporte un alinéa 5 qui dispose que : « *L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire et d'y avoir accès* ».

Au travers de la définition de l'article 1325 alinéa 5 du Code civil, l'original est décrit comme l'écrit électronique qui répond aux conditions d'établissement et de conservation des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil. L'originalité est recherchée dans l'assurance que le contenu de l'acte signé n'a subi aucune altération depuis son origine. Fort de cette nouvelle conception de l'originalité, l'acte sous seing privé électronique peut être reconnu pleinement comme original⁵³⁹. L'original de l'acte reposant sur l'intégrité, cette solution présente l'avantage d'être mise en pratique dans l'environnement du cybercommerçant, à travers le recours à un tiers de confiance. Il peut aussi s'agir de l'archivage en interne du document électronique à condition qu'il remplisse les mêmes garanties en termes de sécurité et de conservation du document.

550. En définitive, la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant remettait en question la formalité du double original de l'article 1325 du Code civil. Cela est dû à l'absence des parties contractantes et à l'utilisation du support électronique imposant la disparition du support papier. Le risque serait de voir tout acte électronique, même signé, systématiquement disqualifié en une simple copie. La solution a été trouvée à travers l'adaptation des règles existantes. L'essentiel est de veiller au respect des dispositions législatives en permettant à chacune des parties de détenir l'écrit probatoire nécessaire à l'efficacité du contrat. Cela a été rendu possible grâce au principe de non-discrimination qui permet de neutraliser la dépersonnalisation. L'absence de l'empreinte de l'homme à travers la signature manuscrite a nécessité une adaptation des règles existantes relatives à la formalité

⁵³⁹André PRÜM, L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance, précité, p. 266 ; Anne PENNEAU, La forme et la preuve du contrat électronique, précité, n° 6.50, p. 312

du double original. Aussi, dans d'autres situations, l'adaptation n'est pas nécessaire, il faut faire une application pure et simple des règles existantes.

B- L'application pure et simple des règles existantes

551. Ici, la dépersonnalisation est simplement neutralisée par l'application du principe de non-discrimination. Elle ne représente pas un obstacle à l'application des règles existantes. Ces règles trouvent application dans l'univers du cybercommerçant compte-tenu de leur caractère général. La réception légale de la preuve électronique impose de faire une application pure et simple de la formalité de la date certaine (1) et des règles relatives à la contestation de la preuve littérale (2).

1- La date certaine

552. Certains actes sous signature privée voient leur force probante commandée par des régimes spécifiques. Parmi les énonciations que contiennent ces actes, une est soumise à des règles particulières pour sa force probante : l'indication de la date. La date est une mention capitale de l'écrit, dont l'objet consiste à relater l'acte passé. Chaque fois que l'écrit est une preuve nécessaire de l'acte juridique, celui-ci ne pourra rester secret et les tiers ne pourront être avertis par sa seule production à leur rencontre⁵⁴⁰.

L'acte sous seing privé fait foi de sa date entre les parties signataires, mais ne fera foi de sa date vis-à-vis des tiers en raison des dangers d'antidate ou de postdate que lorsqu'il aura acquis la date certaine, c'est-à-dire dans trois cas définis par l'article 1328 du Code civil en ces termes : « *Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par les officiers, tels que les procès-verbaux de scellé ou d'inventaire* ».

L'apposition d'une date permet de rendre opposable aux tiers le droit qui découle de l'acte ou du fait juridique. Soulignons que dans l'acte authentique, la date, étant indiquée par le notaire, fait foi jusqu'à inscription de faux. L'article 1328 du Code civil a pour effet non pas de

⁵⁴⁰Sylvain MERCOLI, Incertitudes sur la date des actes sous seing privé (de l'écrit sur support papier à l'écrit électronique), JCP N 2001, 44

retarder l'existence et la validité d'un acte juridique jusqu'à son enregistrement, par exemple, mais seulement de ne rendre sa date opposable aux tiers qu'à compter de l'accomplissement de cette formalité. La force probante de la date certaine de l'acte sous seing privé est régie pas des dispositions particulières qui reprennent la distinction entre les parties et les tiers. Quel serait alors le régime de la date de l'écrit électronique ?

553. Le principe de non-discrimination permet de transposer cette exigence dans l'univers du cybercommerçant, à travers une application pure et simple des règles. La date ne peut pas être déclarée irrecevable du fait qu'elle passe par la forme électronique et elle a la même force probante que la forme traditionnelle. L'article 1328 du Code civil n'impose pas un support déterminé pour l'écrit ; et de ce fait, son caractère général permet son application dans l'univers du cybercommerçant.

Le législateur va le confirmer en distinguant la lettre simple à travers l'article 1369-7 du Code civil : *« Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat, peut être envoyée par courrier électronique. L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'État »*, et la lettre recommandée à travers l'article 1369-8 du Code civil : *« Une lettre recommandée relative à la conclusion ou l'exécution d'un contrat, peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.... Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'État »*

Les articles 1369-7 et 1369-8 du Code civil prévoient tant pour la lettre simple que pour la lettre recommandée, l'apposition de la date d'expédition ou de réception résultant d'un procédé électronique fiable : c'est l'horodatage technique qui fait intervenir un tiers de confiance. L'horodatage est le procédé électronique correspondant au procédé juridique de « la date certaine » du droit. Il faut s'adresser à un prestataire de service d'horodatage électronique qualifié répondant aux exigences du Décret n° 2011-434 du 20 avril 2011⁵⁴¹ et utilisant un module d'horodatage certifié : double condition pour que le procédé d'horodatage électronique bénéficie de la présomption de fiabilité. Aussi, l'intervention d'un tiers rappelle

⁵⁴¹Décret n° 2011-434 du 20 avril 2011 relatif à l'horodatage des courriers expédiés ou reçus par voie électronique pour la conclusion ou l'exécution, dénommé Décret relatif à l'horodatage, JO 21 avr. 2011, p. 1094

dans le monde du papier le rôle de l'opérateur postal qui apporte cette sécurisation à l'occasion de la lettre simple et surtout de la lettre recommandée⁵⁴².

2- La contestation de la preuve littérale

554. Les règles relatives à la contestation de la preuve littérale portent sur les actes sous signature privé et les actes authentiques. Elles ont un caractère général et n'imposent pas un support déterminé aux différents actes. Que l'écrit ait pour support le papier ou un autre support comme le support électronique, n'a aucune incidence sur les règles établies. Ces conditions s'appliquent donc dans l'univers du cybercommerçant. Il nous semble dès lors logique d'affirmer que sur le fondement du principe de non-discrimination, la dépersonnalisation peut être neutralisée à travers l'application pure et simple des règles relatives à la contestation de l'acte authentique et à la contestation de l'acte sous seing privé.

555. Dans un premier temps, la contestation de la foi due à un acte authentique suppose nécessairement l'allégation d'un comportement répréhensible dont se serait rendu coupable son auteur. Or ce dernier étant un officier public, l'allégation portée contre lui présente un caractère de gravité certain, ce qui justifie une procédure spéciale à la hauteur de l'enjeu⁵⁴³. Pour remettre en cause, les énonciations relatives par exemple à l'origine de l'acte ou à sa date, les parties devront s'attaquer à l'honnêteté du notaire par la procédure spéciale d'inscription de faux, car les notaires, officiers publics chargés d'assurer le service public de l'authenticité sont dotés d'un statut spécial qui accorde à leur parole une foi particulière. Toutefois, tout ce qui n'a pas été personnellement constaté par le notaire peut ainsi être remis en cause à travers la production d'un autre écrit en vertu de l'article de l'article 1341 du Code civil⁵⁴⁴. Le Code de procédure civile en ses articles 303 et suivants, régit la contestation de l'acte authentique en distinguant l'inscription de faux incidente et l'inscription de faux principale. La procédure incidente est prévue pour le règlement des contestations envisagées lorsque celles-ci interviennent à l'occasion d'un procès en cours. La procédure principale d'inscription de faux est envisagée en l'absence d'un procès en cours.

⁵⁴²Thierry PIETTE-COUDOL, Fiabilité de la date et horodatage de l'article 1369-8 du Code civil, RLDI 2011/72, n° 2390

⁵⁴³Xavier LAGARDE, Réflexion critique sur le droit de la preuve, Thèse précitée, n° 109, p. 177

⁵⁴⁴Mathias LATINA, La contestation de la preuve littérale, Rev. des contrats, 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 127

Les règles relatives à la contestation de l'acte authentique ne font pas mention du support papier. Il est dès lors possible de transposer ces règles dans l'univers du cybercommerçant. Ainsi, le caractère général des règles permet leur application au support électronique.

556. Dans un deuxième temps, l'acte sous signature privée a une certaine valeur probante, puisqu'il s'agit d'un écrit dûment signé. Mais cette valeur est plus faible que celle d'un acte authentique. Le désaveu ou la méconnaissance va lui enlever sa force probante propre. En effet lorsque l'acte est opposé à une partie, il s'agit d'un document censé avoir été établi par elle-même. Elle doit donc dire si elle en reconnaît ou non la paternité. L'aveu ou le désaveu évoqués par les articles 1323 et 1324 du Code civil ne portent que sur la reconnaissance ou le refus de reconnaissance de la paternité du document opposé. Lorsque celui à qui on oppose un acte sous seing privé dénie en être l'auteur, la force probante de la preuve est suspendue, et le juge statue immédiatement en usant de la procédure de vérification d'écriture. C'est au juge de démontrer que la paternité de l'acte peut être attribuée à la partie qui la conteste conformément à l'article 287, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : *« Si l'une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaître celle qui est attribuée à son auteur, le juge vérifie l'écrit contesté à moins qu'il ne puisse statuer sans en tenir compte. Si l'écrit contesté n'est relatif qu'à certains chefs de la demande, il peut être statué sur les autres »*. A côté de la procédure de vérification d'écriture, le Code de procédure civile admet désormais la procédure de faux, calquée sur la procédure de vérification d'écriture, dans le cas où le débiteur conteste le contenu de l'acte sous seing privé, parce qu'il a été altéré frauduleusement.

Les articles 287 et suivants du Code de procédure civile organisent, en cas de contestation d'un acte sous signature privée, d'une part, la vérification d'écriture qui distingue l'incident de vérification d'écriture de l'article 287, et la vérification d'écriture demandée à titre principal régie par les articles 296 à 298 et d'autre part, le faux à travers l'incident de faux de l'article 299, et le faux demandé à titre principal de l'article 300 dudit Code.

Les règles relatives à la contestation de l'acte sous seing privé n'imposent pas que l'écrit ait pour support le papier. Elles ne font pas mention du support de l'écrit. Le caractère général des règles permet dès lors leur transposition dans l'univers du cybercommerçant. Il ressort de cela que la vérification d'écriture s'impose tant pour l'acte sous signature privée sur support papier que pour l'acte sous signature privée électronique. Cette position a été consacrée par le législateur qui a affirmé qu'en cas de désaveu d'une signature électronique dans les termes de l'article 1323 du Code civil, le juge devra vérifier d'abord que les exigences posées aux articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil sont satisfaites. Cela est énuméré à l'alinéa 2 de

l'article 287 du Code de procédure civile en ces termes : « *Si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électroniques, le juge vérifie si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques sont satisfaites* ». L'illustration est donnée par cette affaire relative à la délivrance d'un congé dans le cadre du bail d'habitation, où l'une des parties prétendait opposer à l'autre un courrier électronique, la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 30 septembre 2010, a rappelé que la Cour d'appel aurait dû vérifier « *comme elle y était tenu dès lors que M. X. déniait être l'auteur des messages produits par Mme Y., si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil à la validité de l'écrit et de la signature électroniques étaient satisfaites* »⁵⁴⁵.

Lorsque l'écrit sous seing privé est électronique, les choses diffèrent quelque peu. La fiabilité de la signature est en effet présumée dès lors que « *la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ». La personne qui bénéficie d'une présomption est dispensée de faire la preuve du fait qu'elle invoque. Dans cette hypothèse, il appartient au juge, d'avancer des éléments suffisants pour renverser cette présomption en vertu de l'article 288-1 du Code de procédure civile qui dispose que : « *Lorsque la signature électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité, il appartient au juge de dire si les éléments dont il dispose justifient le renversement de cette présomption* ». Pour bénéficier de cette présomption, il faudrait qu'il s'agisse d'une signature électronique sécurisée. Toutefois, dans la majorité des cas, cette signature répondant aux exigences techniques des textes n'est pas utilisée par le cybercommerçant⁵⁴⁶. Ne pouvant de ce fait, bénéficier de la présomption, il s'agit de se tourner vers une application pure et simple du droit commun de la preuve des actes sous seing privé⁵⁴⁷.

557. Pour conclure le paragraphe 1, nous pouvons dire que la dépersonnalisation se manifeste dans l'univers du cybercommerçant par le défaut de présence physique et l'utilisation du support électronique. Cette dépersonnalisation pose des difficultés relatives à la preuve dues à la disparition du support papier au profit du support électronique. Pour résoudre ce problème, l'on a eu recours au principe de non-discrimination. Le principe de non-discrimination est fondé sur l'indifférence du document contractuel du cybercommerçant.

⁵⁴⁵Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, RLDI 2010/65, n° 2151

⁵⁴⁶Ce point sera abordé dans nos développements ultérieurs : Voir *infra* n° 559 et s.

⁵⁴⁷Mathias LATINA, La contestation de la preuve littérale, précité, p. 127 ; Didier GUÉVEL, Contrats et obligations - Actes sous seing(s) privé(s) – Règles générales, Jurisclasseur 12 mars 2012, 3, 2012 Art. 1322 à 1324, fasc. 139

Cela imposait d'affirmer l'indépendance de l'écrit à l'égard du support à travers le caractère général de la définition de l'écrit et l'autonomie de la preuve à l'égard du support. L'objectif visé est la neutralité des règles en vue de la réception légale de la preuve électronique. Cette réception légale de la preuve électronique pouvait alors se faire à travers l'application pure et simple des règles existantes d'une part, et d'autre part, à travers l'adaptation des règles existantes, lorsque l'on imposait l'empreinte de l'homme. Par conséquent, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut avoir recours au principe de non-discrimination qui permet de sécuriser l'environnement du cybercommerçant. Ce principe admet l'indifférence du document contractuel du cybercommerçant en vue de l'application du régime de la preuve dans l'univers numérique.

Paragraphe 2- L'application du régime de la preuve dans l'univers du cybercommerçant

558. La dépersonnalisation a créé un nouveau mode de preuve qui est fondé sur le support utilisé par le cybercommerçant pour conclure des contrats, à savoir le support électronique, faisant disparaître le support papier. Toutefois, en dépit de la reconnaissance juridique de la preuve électronique, il revenait à surmonter une autre difficulté qui est celle des règles applicables à ce nouveau mode de preuve. Le support électronique demeurant un nouveau moyen de preuve, suscitait des craintes et hésitations pouvant mettre en péril le développement du commerce électronique. Cela imposait alors de sécuriser l'univers du cybercommerçant, en déterminant les règles qui doivent s'appliquer à la preuve électronique. La solution a consisté à appliquer dans l'univers du cybercommerçant les règles qui régissent la preuve dans le commerce traditionnel sur le fondement du principe de non-discrimination. L'objectif est de neutraliser la dépersonnalisation, en parvenant à une égalité de traitement entre le cybercommerçant et le commerçant ordinaire, en matière de preuve. Le droit de la preuve s'organise autour de deux conceptions. L'une qui confie à la loi le soin de déterminer les moyens de preuves admissibles, la force probante de chaque moyen, le système de hiérarchie entre ces moyens : c'est le régime de la preuve légale. L'autre qui consiste à admettre que la preuve peut être apportée par tous les moyens : la loi confie alors au juge le soin de déterminer d'après sa propre conviction le crédit qui doit être apporté aux moyens de preuve librement débattus devant lui : c'est le régime de la preuve libre⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸Christian PISANI, L'acte dématérialisé, Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p.153-161

Le principe de non-discrimination impose d'appliquer les deux systèmes de preuves qui existent dans le commerce traditionnel à l'univers du cybercommerçant. Il s'agit de neutraliser la dépersonnalisation en appliquant au cybercommerçant le régime de la preuve légale (I) et le régime de la preuve libre (II).

I- Le régime de la preuve légale

559. La dépersonnalisation impose le recours au support électronique pour conclure le contrat et en faire la preuve. La preuve dans l'univers du cybercommerçant passe par le support électronique faisant fi du support papier. Il s'agit alors de sécuriser l'univers du cybercommerçant à travers l'application du régime de la preuve légale sur le fondement du principe de non-discrimination. L'article 1341 du Code civil, régissant la preuve légale, pose la règle de la preuve écrite des actes juridiques en ces termes : « *Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre ...* ». La primauté de la preuve littérale pour les actes juridiques n'a été instaurée que pour les actes présentant une certaine importance. En effet, l'article 1341 du Code civil indique que la preuve par écrit est exigée pour tout acte excédant une somme fixée par décret⁵⁴⁹ ; cette somme étant fixée à 1500 euros. Cette règle s'applique dans l'univers du cybercommerçant. Toutefois, l'exigence de l'acte sous seing privé dans l'univers numérique suppose une signature sécurisée telle que définie par le Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique⁵⁵⁰, dans le but de sécuriser le support électronique. Toutefois, la recherche de sécurité s'est traduite par une accumulation d'exigences techniques consacrant ainsi la fiabilité d'une technologie particulière en inventant un nouveau concept de signature électronique à côté de celui de l'alinéa 2 de l'article 1316-4 du Code civil, la signature électronique sécurisée. Le Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 instaure une gradation de la force probatoire selon le type de signature électronique à travers la signature électronique simple et la signature électronique sécurisée. La fiabilité du procédé est liée exclusivement aux solutions techniques qui évoluent rapidement. Il distingue de ce fait l'écrit

⁵⁴⁹Décret n° 80-533 du 15 juill. 1980, modifié par le Décret n° 2004-836 du 20 août 2004

⁵⁵⁰JORF n° 0077 du 31 mars 2001, p. 5070, texte n° 19

simple de l'écrit sécurisé, suscitant des inquiétudes quant à l'application du principe de non-discrimination nécessaire pour neutraliser la dépersonnalisation.

La signature électronique sécurisée est employée dans quelques secteurs, par exemple en matière de marchés publics. Dans le domaine du commerce en ligne, personne n'y a recours. Le clic d'acceptation et l'introduction du numéro de la carte bancaire ne peuvent s'analyser comme une signature électronique sécurisée. Le commerce électronique ne se réalise pas à l'aide d'écrits électroniques comportant une signature telle qu'exigée par les textes.

Pour résoudre ce problème, le cybercommerçant a recours aux règles générales sur la preuve à travers les conventions sur la preuve. Les conventions sur la preuve permettent de surmonter l'exigence d'écrit électronique signé.

Il ressort de cela que l'application du régime de la preuve légale dans l'univers du cybercommerçant montre les difficultés suscitées par l'écrit dans les contrats du cybercommerçant (A). Cependant, la force probante de l'écrit électronique même non signé peut être acquise par les conventions sur la preuve (B).

A- Les difficultés suscitées par l'écrit dans les contrats du cybercommerçant

560. Le recours au principe de non-discrimination pour neutraliser la dépersonnalisation à travers la sécurisation de l'univers du cybercommerçant, impose d'appliquer les règles du commerce traditionnel dans l'univers du cybercommerçant. Ces règles générales sur le régime de la preuve légale qui s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant, exigent que l'écrit, pour avoir la force probante, doit être signé, car la signature a pour effet de parfaire l'acte juridique. Or, les dispositions relatives à la signature électronique imposent un niveau de fiabilité technique sur lequel s'appuie le système probatoire dans l'univers du cybercommerçant. La reconnaissance de la signature électronique est accompagnée d'exigences techniques fortes, exprimées dans des textes réglementaires afin de justifier la présomption dont bénéficie la signature électronique sécurisée. Si les textes du Code civil sont irréprochables, il n'en va pas de même pour les Décrets d'application à savoir le Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, et le Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes technologiques de l'information⁵⁵¹, qui mettent en œuvre des présomptions en cascade et des

⁵⁵¹JORF n° 92 du 19 avril 2002, p. 6944, texte n° 1

agréments en chaîne⁵⁵². La recherche de sécurité qui s'est traduite par une accumulation d'exigences techniques et de procédures d'agrément des prestataires pèse sur l'essor de l'écrit électronique. Cela constitue un frein à l'application du principe de non-discrimination nécessaire pour neutraliser la dépersonnalisation.

Ainsi, dans l'univers du cybercommerçant, contrairement au commerce traditionnel, la sécurité juridique repose sur la sécurité technique, à travers la présomption de fiabilité et l'instauration de la signature électronique sécurisée à côté de la signature électronique simple. La signature électronique telle que définie par les textes, n'est pas utilisée par le cybercommerçant ; donc l'écrit produit par le cybercommerçant n'aura pas la force probante.

561. D'abord, la loi renvoie pour fixer les conditions de la présomption de fiabilité de la signature au Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001. Ce décret a créé un régime de garantie permettant d'asseoir la présomption de preuve littérale. Il donne en son article 1, alinéa 2, la définition de la signature électronique sécurisée comme : « *une signature qui satisfait en outre, aux exigences suivantes : être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit décelable* ». Et, l'article 2 dudit décret donne les critères précis de la signature sécurisée : « *La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve du contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ».

Si la fiabilité du procédé n'est pas reconnue, le juge ne sera donc pas lié par sa valeur probatoire. Pour mesurer la fiabilité du procédé, l'appréciation doit viser : la création de la signature, l'identification du signataire, l'intégrité de l'acte. Dans ce cas, l'appréciation du juge consistera à contrôler la conformité de ces trois éléments aux dispositions techniques du Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001. L'illustration est donnée par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 30 septembre 2010 en ces termes : « *Dès lors que monsieur X ... contestait l'authenticité des courriels litigieux que mademoiselle Y ... lui attribuait, la Cour d'appel ne pouvait lui opposer la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-4 du Code civil, sans rechercher, comme elle y était invitée par monsieur X ..., ni constater qu'ils avaient été établis et conservés dans les conditions de nature à garantir leur intégralité et qu'ils portaient une signature électronique sécurisée, établie grâce à un*

⁵⁵²Luc GRYMBAUD, La preuve littérale – Dispositions générales – Écrit électronique, JurisClasseur Civil, Art. 1316 à 1316-4, 01, 2011 (19 déc. 2011)

dispositif sécurisé de création de signature électronique et dont la vérification reposait sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ... »⁵⁵³.

562. Ensuite, le Décret n° 2001-272 du 31 mars 2001 introduit un nouveau concept de signature électronique à côté de celui de l'alinéa 2 de l'article 1316-4 du Code civil, la signature électronique sécurisée. Il instaure une gradation de la force probatoire selon le type de signature électronique à travers la signature électronique simple et la signature électronique sécurisée. Il distingue de ce fait l'écrit simple de l'écrit sécurisé. L'écrit simple doit respecter les conditions générales d'identification de l'auteur et d'intégrité de l'acte. L'écrit sécurisé est celui qui jouit d'un régime de confiance préférentielle en droit français. Cette préférence est due à une présomption qu'il vaut preuve littérale. On peut s'interroger sur l'opportunité de procéder à ces distinctions. Si l'on distingue là où la technique distingue, il n'est pas certain que le résultat juridique n'en sera pas altéré. Bien que la Directive 1999/93/CE ait procédé ainsi, le concept de signature électronique vient compliquer inutilement le régime applicable à l'écrit dans l'univers du cybercommerçant. La fiabilité du procédé est liée exclusivement aux solutions techniques qui évoluent rapidement. Il était simple de lister les critères techniques de fiabilité sans inventer une nouvelle catégorie de signature électronique. C'est donc la fiabilité d'une technologie particulière qui est consacrée. La référence à la signature électronique sécurisée ne saurait se justifier⁵⁵⁴. En matière de signature manuscrite, l'emploi d'un instrument plutôt qu'un autre, par exemple un stylo, une plume ou un crayon⁵⁵⁵, n'a pas d'impact sur la signature qui formalise l'écrit dans le commerce traditionnel. Le fait qu'aucune modalité matérielle exclusive ne soit exigée, a pour avantage la souplesse des règles relatives à la preuve de l'écrit sur support papier.

563. Enfin, la signature électronique sécurisée reste largement ignorée dans les contrats du cybercommerçant⁵⁵⁶. Le développement du commerce électronique n'est pas propice à celui de la signature électronique sécurisée. La raison est due au coût élevé pour mettre en place une signature électronique qui impose le certificat électronique et un tiers de confiance. Il ressort de cela que les courriers électroniques ou les formulaires de commande sur le site du cybercommerçant, mêmes s'ils sont admis comme preuve littérale du contrat

⁵⁵³Cass. 1^{re} civ, 30 sept. 2010, disponible sur le site legifrance.gouv.fr

⁵⁵⁴Elisabeth JOLY-PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, Thèse précitée, n° 561 et s., p. 252 et s.

⁵⁵⁵Cass. com., 8 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 224 : La Cour de cassation a ainsi jugé « *qu'aucun principe, ni aucun texte ne prohibe l'usage du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé* ».

⁵⁵⁶Luc GRYMBAUD, Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation), RLDI 2011/67, n° 2200

formé, ne remplissent pas systématiquement les conditions légales pour leur conférer un caractère probant. Par conséquent, les contrats du cybercommerçant ne pourront pas bénéficier de la sécurité juridique comme dans le commerce traditionnel.

564. En somme, l'écrit électronique comportant une signature sécurisée ne rencontre pas encore un véritable succès. De façon générale, la signature électronique telle qu'exigée par les textes est absente des contrats du cybercommerçant. Pour le moment, cette signature électronique sécurisée n'est pas mise à la disposition du grand public. La preuve des contrats du cybercommerçant est mise en difficulté, car la force probante de l'écrit électronique n'est pas garantie. Ces exigences qui distinguent la signature électronique simple et la signature électronique sécurisée ne se retrouvent pas dans le commerce traditionnel. Cela constitue un obstacle dans l'application du principe de non-discrimination en vue de neutraliser la dépersonnalisation. Aussi, dans le but de garantir la force probante de l'écrit, le cybercommerçant peut avoir recours aux conventions sur la preuve.

B- La force probante de l'écrit acquise par les conventions sur la preuve

565. Un écrit sur support papier n'a aucune force probante en lui-même. Il ne s'impose au juge que s'il satisfait aux conditions de validité d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. La seule condition de validité d'un acte sous seing privé est l'existence d'une signature. Il en est de même pour l'écrit électronique. Or la signature, telle que requise par les textes, ne figure pas dans les contrats du cybercommerçant et constitue un frein à l'application du principe de non-discrimination. Cela ne permet pas de neutraliser la dépersonnalisation. La neutralisation de la dépersonnalisation exige que les règles ne doivent pas avoir pour but d'imposer un traitement discriminatoire au détriment du cybercommerçant et de ses activités. C'est pour résoudre ce problème que le cybercommerçant a recours aux conventions sur la preuve qui sont régies par les règles générales. Les conventions sur la preuve sont des accords tacites ou exprès qui ont pour objet de modifier les règles légales en énonçant les modes de preuve susceptibles d'être admis entre les parties, la charge de la preuve et les modalités de règlement des conflits de preuve. Le recours à des modes de preuve conventionnellement définis par les parties peut s'avérer fort utile, en particulier dans l'univers du cybercommerçant afin d'accorder une force probante à l'écrit électronique. Le recours à ces conventions suppose d'abord que soit admis le principe de leur licéité, et ensuite

que ces conventions n'enfreignent pas par leur contenu les limites posées par certains principes ou dispositions du droit positif.

Il a donc été utile de reconnaître la licéité des conventions sur la preuve, afin de les rendre recevables d'une part (1), et d'autre part, de reconnaître leur validité afin de leur faire jouer le rôle qui leur incombe, à savoir, lier le juge en cas de conflits de preuve littérale (2).

1- La licéité des conventions sur la preuve

566. Les conventions sur la preuve ont pour objet de régler tout éventuel conflit de preuve littérale. Elles sont incluses dans des accords préalables entre des partenaires qui sont liés par des relations d'affaires. Mais, pour les contrats du cybercommerçant, dans la plupart des cas, ces conventions sont incluses dans le contrat dont il s'agit de prouver l'acceptation. La licéité des conventions sur la preuve est consacrée tant par la loi que par la jurisprudence, d'une part, et d'autre part, grâce à la pratique, elles se retrouvent dans tous les contrats du cybercommerçant.

567. Dans un premier lieu, la licéité des conventions est largement affirmée par la loi et la jurisprudence.

La consécration légale est assurée par l'article 1316-2 du Code civil en ces termes : « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous les moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ». L'article 1316-2 du Code civil écarte le pouvoir d'appréciation du juge pour déterminer lequel des actes l'emporte, lorsqu'il existe une convention sur la preuve. Cette disposition consacre légalement les conventions sur la preuve, dont la licéité est admise depuis longtemps en jurisprudence.

Dès 1989, l'affaire Crédicas a conduit la jurisprudence à valider les conventions sur la preuve inscrites dans le contrat d'adhésion accompagnant la délivrance d'une carte bancaire de crédit. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation le 8 novembre 1989 a retenu que « *Pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites* »⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷Cass. 1^{re} civ, 8 nov. 1989, Bull. civ., I, n° 342, p. 230 ; D. 1990, 369, note C. Galvada ; JCP G, II, n° 15134, obs. G. Virassimi ; RTD Civ. 1988, p. 759, note J. Mestre

568. Dans un deuxième lieu, les conventions sur la preuve se sont généralisées grâce à la pratique et elles sont incluses dans tous les contrats des cybercommerçants. Dans les contrats électroniques, les parties s'accordent sur la reconnaissance du caractère probatoire du document électronique alors qu'il devait en être privé, faute de signature. Les conventions sur la preuve vise à donner à une simple impulsion électronique, en l'occurrence déclenchée par un clic de souris, une valeur qui ne lui est pas *a priori* acquise avec certitude : celle d'une manifestation de la volonté, et voir au-delà celle d'une signature. Cela est rendu possible par l'association du clic et d'un code permettant, ou censé permettre, l'identification de l'internaute. Ainsi, les conventions sur la preuve peuvent préciser que le recours à un clic de souris sur une ou plusieurs cases ayant pour légende un texte de type « j'accepte » ou « je suis d'accord », figurant sur les pages écrans du site Internet, doublé d'une procédure d'identification, consistant le plus souvent à saisir un code désigné à cet effet (tel que celui attribué à l'internaute lors de son enregistrement en tant que client du site), vaudront preuve de l'acceptation du contrat, de la même façon qu'une signature apposée au bas d'un formulaire de commande. Aussi, le fait de donner un numéro de carte bancaire, peut si c'est convenu, valoir « signature électronique » et constituer une preuve suffisante de l'acceptation de l'offre donc de la conclusion du contrat électronique⁵⁵⁸. Ces pratiques rappellent les transactions commerciales impliquant le recours à l'outil informatique, tel que le paiement par carte bancaire chez les commerçants ou encore le retrait de numéraire dans les distributeurs automatiques de billets de banque.

2- La validité des conventions sur la preuve

569. La convention sur la preuve, sur le fondement de la liberté contractuelle, va permettre d'obtenir la sécurité juridique voulue par les parties. Les parties contractantes sont libres d'aménager les règles de preuve dans la mesure où il s'agit de droits dont elles ont la libre disposition. Les parties peuvent attribuer une efficacité probatoire au procédé de preuve choisi. Cela a pour conséquence de réduire le pouvoir d'appréciation du juge de la valeur probante du procédé de preuve. Au demeurant, cette convention conçue par les parties et admettant tel procédé comme preuve, est soumise à l'appréciation du juge. La convention doit être valable, laissant au juge saisi la prérogative d'apprécier la validité de la convention. Il

⁵⁵⁸Florence MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, Thèse précitée, n° 179 et s., p. 273 et s. ; Didier FERRIER, La preuve et le contrat, in Mélanges Cabrillac, Dalloz Litec 1999, p. 109

ressort de cela que la convention sur la preuve pour être valable, doit respecter les règles probatoires impératives et la réglementation sur les clauses abusives.

570. D'une part, la liberté accordée aux parties dans les conventions sur la preuve connaît des limites, découlant du droit commun. La convention sur la preuve doit obéir aux règles probatoires impératives. Les conventions sur la preuve ne seront pas valables si elles contreviennent aux règles d'ordre public contenues dans le Code de procédure civile. C'est le cas des conventions qui dérogent au principe d'une discussion contradictoire des articles 14 et suivants du Code de procédure civile, en interdisant toute contestation des preuves fournies. C'est aussi le cas des conventions qui n'admettent pas la garantie des droits de la défense, principe fondamental de droit processuel jouissant de la protection constitutionnelle et internationale, qui gouverne les articles 30 et suivants du Code de procédure civile⁵⁵⁹. En outre, l'article 1319 du Code civil relatif à la valeur probatoire de l'acte authentique est d'ordre public et ne peut de ce fait être dérogé.

571. D'autre part, les conventions sur la preuve sont soumises à la réglementation sur les clauses abusives du droit de la consommation. Les conventions sur la preuve sont élaborées unilatéralement par le commerçant. Il revenait au Code de la consommation d'assurer la protection du consommateur afin d'éviter des abus. La sanction est que la clause abusive sera réputée non écrite. Les clauses abusives, au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, sont des clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Dans la liste indicative des clauses abusives à l'annexe du Code de la consommation, figure entre autres, celle qui a pour objet ou pour effet « *d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par les dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat* »

Ces règles s'appliquent dans l'univers du cybercommerçant. Pour être valables, les conventions sur la preuve ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet d'avantager le cybercommerçant et priver le consommateur de la possibilité de rapporter la preuve contraire. En application du régime des clauses abusives en vigueur, le Décret n° 2009-302 du 18 mars

⁵⁵⁹Voir sur ce point Yannick CAPDEPON, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, Thèse Bordeaux 2011, Dalloz 2013, n° 77 et s., p. 49 et s.

2009⁵⁶⁰ présume en effet, comme abusive la clause dont l'objet est de faire supporter au non-professionnel ou consommateur la charge d'une preuve qui en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie. Or dans bien des cas, les clauses figurant dans les conditions générales des sites des cybercommerçants, prévoient, au titre des stipulations sur la preuve, que seront seules opposables entre les parties des données électroniques unilatéralement conservées par le cybercommerçant. Il s'agit de stipulations susceptibles de reporter sur le consommateur la charge d'une preuve que le droit commun ne lui imposerait pas : elles le contraignent systématiquement à démontrer positivement la fausseté de la preuve rapportée par le cybercommerçant⁵⁶¹.

En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} février 2005⁵⁶² avait jugé abusive une convention de preuve prévoyant que pour limiter les coûts du crédit, la délivrance de l'obligation d'information imposée par l'article L. 311-9 du Code de la consommation en matière de crédit à la consommation « sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi » ; la société Facet s'exonérait de la preuve lui incombant du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de reconduction du contrat, et par ce biais, excluait toute contestation ultérieure.

572. En définitive, la dépersonnalisation impliquant l'utilisation du support électronique et la disparition du support papier posait une autre difficulté, après la reconnaissance juridique de la preuve électronique. Il s'agissait de déterminer si la preuve dans l'univers du cybercommerçant devait être régie par des règles spécifiques ou par des règles générales. La solution a été d'appliquer les règles communes à tout commerçant en mettant en œuvre le principe de non-discrimination. Le principe de non-discrimination permet l'application du régime de la preuve légale dans l'univers du cybercommerçant. Ce régime est marqué par la primauté de l'écrit signé. Toutefois, la transposition dans l'univers du cybercommerçant des règles régissant la preuve littérale est accompagnée d'exigences techniques en ce qui concerne la signature électronique. Il convient de signaler que les contrats du cybercommerçant n'utilisent pas la signature électronique telle que définie par les textes. Cela pose un problème relatif à la force probante des documents électroniques et constitue une entorse à l'application du principe de non-discrimination. C'est la raison pour laquelle le cybercommerçant va trouver une solution à l'exigence de l'écrit signé à travers les

⁵⁶⁰Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, JORF 20 mars 2009

⁵⁶¹Anne PENNEAU, La forme et la preuve du contrat, précité, n° 6.49, p. 310

⁵⁶²Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 Sté Facet c/ FLCE, Bull. civ. I, n° 60

règles générales en ayant recours aux conventions sur la preuve. Ces conventions sont licites, car consacrées par la jurisprudence et le législateur ; et leur validité est soumise au respect des dispositions d'ordre public et de la réglementation sur les clauses abusives. Il est permis d'affirmer que le principe de non-discrimination permet de neutraliser la dépersonnalisation en appliquant au cybercommerçant le régime de la preuve légale. Il en est de même du régime de la preuve libre.

II- Le régime de la preuve libre

573. L'utilisation du support électronique et l'absence du support papier dans le cadre de la preuve nécessitait de sécuriser l'univers du cybercommerçant. La sécurisation de l'univers du cybercommerçant a exigé d'avoir recours au principe de non-discrimination qui permet d'appliquer au cybercommerçant, le régime de la preuve libre qui existait avant l'arrivée du commerce électronique, et s'appliquait dans le commerce traditionnel. L'arrivée du réseau Internet n'a pas modifié ces règles, qui sont purement et simplement transposées dans l'univers numérique afin de neutraliser la dépersonnalisation. Le régime de la liberté de preuve admet la preuve par tous moyens. Les procédés de preuve sont énumérés par l'article 1316 du Code civil. Il s'agit de « *la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment* ». Il va de soi qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce que les parties fassent valoir des documents électroniques pour établir la preuve de leur contrat. La liberté de preuve admise dans certaines situations ne dispense pas les parties contractantes de prouver, elles doivent donc produire des éléments qui emportent la conviction du juge.

Le fait que la preuve puisse être rapportée par tous moyens révèle indirectement que l'instrument ayant servi au dépôt est sans influence sur la technique de la preuve et sur la charge de celle-ci. A cet effet, celui-ci doit substituer sa technique probatoire et son efficacité aux normes probatoires du droit commun relative aux modes de preuve. Cela revient à reformuler les exigences de fiabilité de l'écrit électronique en admettant comme preuves, des écrits électroniques sans signature sécurisée pour les transactions de faibles montants et dans les relations entre commerçants. Les techniques probatoires utilisées dans le système de la preuve libre donnent une place prééminente au juge. Cela implique nécessairement que le juge apprécie de manière souveraine la fiabilité du procédé technique utilisé par le cybercommerçant.

Pour neutraliser la dépersonnalisation, il est nécessaire dans le cadre de la liberté de preuve, de faire application du principe de non-discrimination, en admettant l'écrit électronique non signé comme preuve (A) et en soumettant sa force probante à l'appréciation du juge (B).

A- L'admission de l'écrit non signé comme preuve

574. La question de la dépersonnalisation affectant la preuve à travers la disparition du support papier, a trouvé réponse dans le droit existant qui permet de sécuriser l'univers du cybercommerçant. La neutralisation de la dépersonnalisation implique d'appliquer au cybercommerçant le régime de la preuve libre qui admet l'écrit non signé comme preuve. Lorsque l'écrit électronique ne remplit pas les conditions réglementaires de l'acte sous seing privé électronique et en l'absence de convention sur la preuve, il peut être tout de même admis comme preuve. L'écrit électronique non signé jouit plus d'une situation privilégiée dans les cas où la preuve est libre, que ce soit en raison de la faible valeur de la transaction ou parce qu'elle est administrée contre un commerçant. Il ressort de cela que la dépersonnalisation peut être neutralisée à travers l'application pure et simple des règles existantes. L'écrit non signé peut être admis comme preuve en tenant compte soit de la qualité des parties (1), soit de la valeur de l'objet du contrat (2).

1- La qualité des parties contractantes

575. La liberté de preuve s'applique sur la base de la qualité des parties. L'écrit électronique non signé peut être recevable lorsqu'il existe un litige entre commerçants. L'article 1341, alinéa 2 du Code civil vient réduire la portée des exigences relatives aux modes de preuve en précisant que les dispositions du premier alinéa sont édictées « *sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ». En effet, selon l'article L.110-3 du Code de commerce, « *à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi* ». Cette liberté de preuve se justifie pleinement dans une matière où une trop grande rigidité risquerait de nuire à la souplesse et à la rapidité des échanges commerciaux. Le cybercommerçant ayant la qualité de commerçant, le principe de non-discrimination impose que cette disposition s'applique à ce dernier.

Il existe une distinction entre actes de commerce purs et actes mixtes. Les actes de commerce purs sont passés entre commerçants et les actes mixtes sont passés entre un commerçant et un non-commerçant. Ces actes sont civils pour le non commerçant et commerciaux pour le commerçant. Pour les actes mixtes, la liberté de preuve s'applique uniquement à l'encontre du commerçant⁵⁶³, mais celui-ci ne peut s'en prévaloir à l'égard du non commerçant et il est soumis aux règles du droit civil⁵⁶⁴. On procède à une application distributive des règles de preuve. Le non commerçant pourra faire la preuve contre le cybercommerçant par tous moyens alors que le cybercommerçant est quant à lui astreint à la preuve écrite lorsque le montant du contrat est supérieur à 1500 euros.

2- La valeur de l'objet du contrat

576. L'article 1341 du Code civil impose la règle de la preuve écrite des actes juridiques. L'exigence de la preuve littérale pour les actes juridiques n'a été instaurée que pour les actes présentant une certaine importance. Cette exigence est écartée pour les petites affaires, pour lesquelles il n'est pas d'usage de dresser un écrit. Le Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a fixé le montant de 1500 euros. Il ressort de cela que lorsque la valeur de l'objet du contrat est inférieure à 1500 euros, l'article 1341 du Code civil ne saurait s'appliquer. Sur le fondement du principe de non-discrimination, cette règle se trouve appliquer au cybercommerçant dans le but de neutraliser la dépersonnalisation.

577. La liberté de preuve s'applique sur la base de la valeur de l'objet du litige. L'écrit électronique non signé est recevable comme preuve lorsque le contrat est relatif à un montant inférieur à 1500 euros. Même si les deux parties n'ont pas la qualité de commerçant, la preuve est libre si la valeur de l'objet du contrat est inférieure à 1500 euros. Dans la pratique, de manière générale, nombreux sont les contrats du cybercommerçant qui ne dépassent pas la valeur de 1500 euros. Il convient d'affirmer que l'écrit électronique non signé ne pose plus de problème quant à sa recevabilité comme preuve dans la mesure où l'exigence d'une preuve littérale de l'article 1341 du Code civil, ne s'applique pas. Et l'on s'inscrit alors dans le régime de la liberté de preuve qui admet tous les moyens de preuve dont l'écrit électronique non signé.

⁵⁶³Cass. 1^{re} civ. , 8 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 35 ; JCP E 2000, Pan. 536 ; RTD com. 2000, 327, obs. Derruppé

⁵⁶⁴Cass. soc., 8 janv. 1964, Bull. civ. IV, n° 21

578. En somme, l'écrit électronique non signé peut être recevable comme preuve sur la base de l'application du principe de non-discrimination. Ce principe permet de neutraliser la dépersonnalisation. La généralité des dispositions du Code civil et du Code de commerce permet l'application des règles sur la preuve dans l'univers du cybercommerçant. Ainsi, le cybercommerçant comme le commerçant traditionnel peut bénéficier de la liberté de preuve dans les relations entre commerçants ou lorsque la valeur de l'objet du litige est inférieure à 1500 euros. Cette liberté de preuve autorise tous les modes de preuve, dont l'écrit électronique non signé. Il reste au juge d'apprécier souverainement la fiabilité du procédé de preuve produit afin de déterminer sa force probante.

B- La force probante de l'écrit non signé soumise à l'appréciation du juge

579. A défaut de remplir les conditions légales de la preuve, l'écrit électronique peut servir de preuve de l'existence du contrat. Lorsque la preuve par tous les moyens est admise, aucun obstacle ne s'oppose à ce que les parties fassent valoir des documents électroniques pour établir la preuve du contrat. L'écrit est dépourvu de toute formalité si bien que tout type d'écrit peut être pris en compte. Cela permet d'esquiver la rigueur de l'écrit électronique ayant la signature sécurisée et d'accorder la primauté à l'appréciation souveraine du juge. L'appréciation est le résultat logique d'un raisonnement juridictionnel au terme duquel le juge va adopter ou refuser l'écrit versé au débat en déterminant sa force probante.

Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut appliquer le principe de non-discrimination en privilégiant l'appréciation souveraine du juge de la fiabilité du procédé de preuve (1). Cela pourra permettre l'acquisition de la force probante de l'écrit électronique non signé (2).

1- L'appréciation souveraine de la fiabilité

580. Les nouvelles exigences relatives à la signature électronique ne sont pas utilisées par le cybercommerçant. Toutefois, ce dernier a la possibilité, dans le cadre de la liberté de preuve, de s'appuyer sur les modes de preuve classiques qui laissent une large place

à l'appréciation du juge. Le pouvoir d'appréciation du juge ici, n'est pas aliéné par un cadre légal à savoir l'exigence de la preuve littérale, ni canalisé par le cadre contractuel à travers les conventions sur la preuve. Ce pouvoir d'appréciation est fondé sur l'article 1316-2 du Code civil en ces termes : « *Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ».

Une preuve littérale sur papier qui ne constitue ni un acte sous seing privé, ni un acte authentique, peut être une preuve recevable et fiable indépendamment de toute exigence. Ainsi, sur le fondement du principe de non-discrimination, l'écrit électronique non signé peut acquérir une force probante s'il répond à la condition de fiabilité autre que celle déterminée par les textes réglementaires.

581. A défaut de règles légales et à défaut de convention valable entre les parties, les juges retrouvent leur pouvoir souverain d'appréciation de la force probante. La détermination du procédé fiable doit relever de l'appréciation souveraine des juges du fond, car il s'agit d'un pur fait.

Les juridictions pourraient d'abord se contenter de vérifier que les exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil sont remplies, en omettant pour les actes sous seing privé, les textes d'application. Plus audacieux, seul l'article 1316 du code civil pourrait être appliqué qui admet tout écrit, à la condition, qu'il n'ait aucune raison de soupçonner la sincérité de son auteur⁵⁶⁵.

Ensuite, le juge aura à examiner la plate-forme technique mise en place par le cybercommerçant et en apprécier la fiabilité. Le juge peut ordonner des mesures d'instruction pour prendre la peine de vérifier et contrôler la fiabilité de la preuve, la fiabilité du procédé d'identification ou du système informatique. Les conclusions des rapports d'expertise ne le lient pas, il dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain pour admettre la fiabilité ou non du procédé de preuve.

Il en est ainsi dans le cas d'un contrat conclu à travers le téléphone portable, le client relie dès l'acquisition son compte utilisateur à sa carte SIM, c'est-à-dire un contrat de téléphonie mobile, dont le titulaire est quant à lui bien identifié. De plus lors d'un achat d'application ou de contenu via la plate-forme intégrée au téléphone, par exemple iTunes pour Apple ou Android store pour Google, la tabulation d'un mot de passe personnel est systématiquement

⁵⁶⁵Luc GRYMBAUD, Preuve par écrit électronique non sécurisée d'une inscription de créance, Comm. com. électr. mars 2006, Comm. n° 48, p. 35

nécessaire. Les juges pourraient avoir des éléments allant dans le sens d'une fiabilité supérieure⁵⁶⁶.

En outre, les juges peuvent estimer qu'une impression papier d'un courrier électronique ne présente pas toujours les conditions d'authenticité nécessaires pour lui conférer un caractère probant. C'est l'exemple d'un salarié responsable de la plate-forme informatique de son entreprise qui a produit de nombreux courriers électroniques pour prouver des faits de harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 mars 2011, doutant de leur authenticité, a rejeté ces courriers électroniques, en se fondant sur le fait que l'intéressé ne justifie pas des conditions dans lesquelles il les a obtenus, que ces documents n'apparaissent pas dans la messagerie électronique du supérieur hiérarchique, et qu'il est possible de modifier un message électronique existant ou de créer de toutes pièces un message électronique anti-daté⁵⁶⁷.

Une autre illustration est donnée par un arrêt en date du 2 juillet 2010 de la Cour d'appel de Paris qui a admis le défaut de caractère probant d'une impression d'écran en ces termes : *« qu'aucun caractère probant ne peut être attaché à une impression écran du site Internet ... réalisées ... dans des conditions ignorées, sans l'intervention d'un huissier de justice ou d'un tiers assermenté, sans précision sur le matériel, l'adresse IP, le mode de navigation et le réseau de connexion utilisés ; qu'il n'existe en effet aucune possibilité de s'assurer de la fiabilité de la date portée sur l'impression et il n'est pas démontré davantage que la mémoire cache et l'historique du disque dur ont été vidés, ou encore l'absence d'interférence dans le cheminement d'affichage »*⁵⁶⁸.

2- L'acquisition de la force probante de l'écrit non signé

582. Dans le commerce traditionnel, les documents non signés ne peuvent, par définition, constituer des actes sous seing privé ; et la jurisprudence ne leur accorde généralement que la force probante d'un commencement de preuve par écrit, ou d'une présomption c'est-à-dire un élément de preuve qui peut être proposé mais doit être complété. Pourtant certains de ces écrits ont exceptionnellement une force probante. Sur le fondement

⁵⁶⁶Emmanuel NETTER, Réflexion sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques, RLDI 2013/89, n° 2984

⁵⁶⁷Cass. soc. 22 mars 2011, arrêt disponible sur Legifrance.gouv.fr

⁵⁶⁸CA Paris, 2 juillet 2010, Saval, Etablissement Laval c/ Home Shopping Service (HSS), arrêt disponible sur le site Legalis.net

du principe de non-discrimination, ces solutions peuvent s'appliquer dans l'univers du cybercommerçant. Les documents électroniques doivent être pris en compte au même titre que n'importe quel simple écrit, comme commencements de preuve ou présomptions dont l'appréciation de la force probante est faite par le juge. Le commencement de preuve et la présomption peuvent être complétés par d'autres éléments. Ainsi, l'écrit électronique non signé peut être un commencement de preuve ou une présomption.

583. Dans un premier temps, l'écrit électronique non signé est qualifié de commencement de preuve. Le commencement de preuve par écrit est défini par l'article 1347 du Code civil comme « ... *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* ». Cette définition fait apparaître trois conditions : l'existence d'un écrit, l'origine de l'écrit et le contenu de l'écrit. D'abord, le commencement de preuve par écrit peut être n'importe quel écrit. Il peut s'agir d'un acte authentique irrégulier, des papiers domestiques, même de simples notes. L'écrit peut être sur support papier ou sur support électronique. Ensuite, l'origine de l'écrit est marquée par le fait que l'écrit doit être l'œuvre personnelle de la partie à laquelle on l'oppose, soit qu'il émane d'elle-même, soit qu'il émane de son représentant. Enfin, la vraisemblance du fait allégué est appréciée souverainement par les juges du fond. Le commencement de preuve n'est pas une preuve complète, mais parce qu'il rend vraisemblable le fait allégué, il permet à celui qui l'invoque de le parfaire au moyen de présomptions ou de témoignages⁵⁶⁹.

Les formulaires de commande en ligne et les courriers électroniques constituent des écrits qui rendent vraisemblable le fait allégué, car ils désignent le bien à livrer ou le service à fournir avec le prix et les modalités de paiement. Il n'est donc pas à exclure qu'un SMS, un message électronique, une copie d'écran de commande ou de facturation soient admis comme preuves des contrats électroniques. Ils ne seront pas à considérer comme des preuves en eux-mêmes, mais plutôt comme des commencements de preuve lorsqu'ils émanent de celui contre lequel la demande est faite. C'est le cas de l'accusé de réception qui peut servir comme commencement de preuve au client. Le client dispose contre le cybercommerçant d'un document écrit, émanant du cybercommerçant. Aussi, les traces des moyens de paiement peuvent être des commencements de preuve pour le cybercommerçant. Les moyens de paiement utilisés par le client peuvent servir au cybercommerçant pour prouver que le

⁵⁶⁹Aurélie BERGEAUD, Le droit à la preuve, Thèse Bordeaux, LGDJ 2010, n° 193, p. 164 ; Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Droit civil : Introduction, biens, personnes, famille, 17^e éd. Dalloz 2011, p. 74, n° 170

contrat a bien été conclu et pour identifier son cocontractant. La trace du virement dans les comptes du cybercommerçant peut valoir commencement de preuve par écrit lorsqu'elle est accompagnée d'un libellé qui fait référence au contrat litigieux. Concourant à la preuve de la créance, le virement peut également concourir à la preuve de l'imputabilité de l'opération : l'identité de son auteur sera connue et elle aura été vérifiée par la banque. Il y a aussi le paiement par carte bancaire qui fera apparaître dans les comptes du cybercommerçant une trace assez proche de celle laissée par le virement. Toutefois, ce mode de paiement offre une sécurité bien plus faible lorsque seules les informations faciales de la carte bancaire sont réclamées, ce qui est très souvent le cas. Si le titulaire de la carte prétend qu'il y a eu fraude, il ne sera plus possible de considérer que le paiement émane de celui contre lequel on l'allègue ; et il n'y aura donc plus commencement de preuve par écrit⁵⁷⁰.

Dans le système de la liberté de preuve, les parties se voient reconnaître le droit de faire la preuve par tous moyens de leurs obligations. Elles peuvent fournir un commencement de preuve par écrit. Toutefois, pour convaincre le juge, il faut donc compléter le commencement de preuve par d'autres éléments de preuve.

584. Dans un deuxième temps, l'écrit électronique non signé est qualifié de présomption. Selon l'article 1349 du Code civil, « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Ici, il va s'agir des présomptions du fait de l'homme ou présomptions judiciaires, celles qui selon l'article 1353 du Code civil, « *sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat...* ». Ainsi, au lieu de prouver le fait qui constitue l'objet de sa prétention, le plaideur est autorisé à prouver un autre fait qui déclenchera aussitôt le jeu de la présomption. En réalité, le plaideur ne prouve pas l'acte contesté mais soumet au juge un indice qui sera interprété par ce dernier pour en déduire l'existence de l'acte contesté. La présomption est l'œuvre du pouvoir souverain du juge qui, par une démarche intellectuelle de type inductif, confère une valeur probante à l'indice constituant la base de son raisonnement⁵⁷¹. Le juge estime à partir de l'indice qui lui est présenté qu'il existe une probabilité telle qu'elle ne laisse aucun doute quant à l'existence d'un contrat. A ce niveau, le cybercommerçant a en sa possession des indices communs à tous les commerçants à savoir les factures et autres livres de compte, le bordereau de livraison, une réponse à une réclamation, etc. En outre, le professionnel du

⁵⁷⁰Emmanuel NETTER, Réflexion sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques, RLDI 2013/89, n° 2984

⁵⁷¹Aurélien BERGEAUD, Le droit à la preuve, Thèse précitée, n° 208 et s., p. 174 et s.

commerce électronique dispose d'indices spécifiques : l'extrait du journal interne du serveur (Les logs des serveurs) et les traces des moyens de paiement électronique.

L'extrait du journal interne du serveur du cybercommerçant est un fichier informatique que les informaticiens désignent habituellement par le terme anglais de « *log* ». Émanant du cybercommerçant même qui entend apporter la preuve, ce document ne peut être considéré comme un commencement de preuve. Il peut entrer dans le cadre des présomptions : d'un fait connu, car il existe une trace dans un fichier informatique, le juge va tirer des conséquences à un fait inconnu : cette trace a été créée par l'action du client concluant le contrat⁵⁷².

Si les traces laissées par les moyens de paiement n'émanent pas de la partie contre laquelle la demande est dirigée, elles ne peuvent être qualifiées de commencement de preuve. Elles sont qualifiées plutôt de présomptions qui peuvent suffire à emporter la conviction du juge.

Le fichier informatique peut être retenu comme présomption. Cette solution résulte de l'arrêt du 28 janvier 2003 rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, qui a affirmé que les relevés des communications par l'opérateur téléphonique peuvent valoir présomptions, pouvant suffire à emporter la conviction du juge en ces termes : « *Si la société France Télécom devait prouver l'existence et le montant de sa créance, en application de l'article 1315, alinéa 1^{er} du Code civil, elle bénéficiait, à ce titre, d'une présomption résultant du relevé des communications téléphoniques* »⁵⁷³. Aussi, dans un arrêt du 13 juillet 2004, les juges de la première Chambre civile de la Cour de cassation, pour constater que des passagers s'étaient présentés tardivement au comptoir de leur compagnie aérienne, se sont fondés sur le seul « *listing informatique des opérations d'enregistrement* », dans la mesure où une entrée ne peut être apposée sur ce registre sans que ces passagers n'aient présenté leurs documents personnels : c'est la manière dont le procédé est construit qui le rend crédible⁵⁷⁴.

⁵⁷²Emmanuel NETTER, Réflexion sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques, précité, n° 2984.

⁵⁷³Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, Bull. civ. I, n° 26 ; Comm. com. électr. 2003, n° 11, p. 37, obs. Stoffel-Munck

⁵⁷⁴Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 107 ; D. 2004, p. 2524, note Léger N.

Conclusion du chapitre 1

585. La dépersonnalisation des échanges marquée par le défaut de la présence humaine et la disparition du support papier au profit du support électronique, affectait l'écrit comme condition de validité et comme condition de preuve du contrat. Cette situation suscitait la méfiance et ne permettait pas le développement du commerce électronique. Pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut avoir recours au principe d'assimilation et au principe de non-discrimination qui permettent de sécuriser l'environnement du cybercommerçant. A travers le principe d'assimilation, il a fallu déterminer les fonctions de l'écrit et de la signature afin d'en établir les critères d'équivalence entre les supports papier et électronique. Le principe de non-discrimination s'est manifesté par l'absence de disparité de traitement entre les documents qui permet d'affirmer l'égalité des supports papier et électronique. Les règles sont conçues, pour la plupart, en des termes suffisamment généraux pour être indépendantes de la technologie ou du support utilisé.

Le principe d'assimilation et le principe de non-discrimination permettent d'intégrer le support électronique dans l'ordre juridique existant et aboutissent à exclure toute hiérarchie entre les écrits de différentes formes. Les règles régissant une activité doivent être les mêmes, qu'elles utilisent le support papier ou qu'elles se réfèrent au support électronique. Cela permet d'appliquer au cybercommerçant les mêmes règles que le commerçant ordinaire dans le cadre des exigences de forme du contrat à savoir la validité et la preuve du contrat. Dans certains cas, il s'est agi de faire une application pure et simple des règles existantes. Dans d'autres cas, il a fallu avoir recours à l'adaptation des règles existantes lorsque l'on exige la présence et l'empreinte humaines. L'objectif visé est de ne pas entraver le développement du commerce électronique et d'éviter de procéder à des mises à jour trop fréquentes de la loi. Ces deux principes deviennent des éléments de politique législative⁵⁷⁵. Il ressort de cela que la neutralisation de la dépersonnalisation impose l'application des principes généraux que sont l'assimilation et la non-discrimination à la forme du contrat. Il reste à apprécier les exigences de fond du contrat.

⁵⁷⁵Mohamed Kamel CHARFEDDINE, L'écrit, une preuve à l'épreuve, in *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J 2001, p. 217-234, spéc. p. 228-229

Chapitre 2- L'application des exigences classiques au fond du contrat

586. Les exigences classiques au fond du contrat proviennent de l'article 1108 du Code civil en ces termes : « *le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* ». Ces conditions de fond s'appliquent à tous les contrats, et les contrats du cybercommerçant ne sauraient y échapper.

Dans le monde des affaires, la sécurité offerte par le contrat est un facteur décisif de pérennité pour une activité commerciale. Or, le contrat du cybercommerçant est marqué par la dépersonnalisation et présente de ce fait, des traits particuliers qui appellent l'attention d'un législateur soucieux d'une telle sécurité. La dépersonnalisation emporte certains dangers. Le cybercocontractant n'a pas de contact physique avec les biens qu'il souhaite acquérir : seules des images ou une description de ces biens défilent sous les yeux, et il n'a pas de contact physique avec le professionnel qui propose ses biens et services. Les difficultés liées à la dépersonnalisation correspondent aux mêmes difficultés que celles connues par les contrats à distance, et des solutions ont été déjà trouvées, d'où l'application pure et simple des règles existantes. Ainsi, les contrats du cybercommerçant n'échappent pas aux règles complétant les exigences de l'article 1108 du Code civil, qui émanent d'autres textes législatifs comme le droit de la consommation et le droit international.

Si le régime du contrat à distance avait déjà trouvé des solutions aux risques de la dépersonnalisation, relatives à l'identité de la personne du cocontractant, à l'information sur les produits, à l'authentification des consentements, à la fixation du lieu et du moment de formation du contrat et à la rétractation possible du consentement donné, le contrat du cybercommerçant ajoute à ces spécificités répertoriées, l'influence singulière de la technique de communication à distance utilisée à savoir le support électronique⁵⁷⁶. Au nombre de ceux-ci, nous pouvons citer les engagements contractés par précipitation ou par erreur de manipulation. Comment le support électronique permet aux parties d'extérioriser valablement à distance le consentement nécessaire à la formation du contrat ? Il faudrait s'interroger sur les particularités de l'univers du cybercommerçant susceptibles de remettre en cause l'existence et la protection du consentement des parties contractantes. Pour résoudre ces problèmes, loin de créer des règles spécifiques, il s'est agi d'adapter les règles existantes.

L'application des exigences classiques au fond du contrat impose d'une part, d'adapter les règles existantes lorsque la dépersonnalisation pose des difficultés spécifiques à l'utilisation

⁵⁷⁶ Judith ROCHFELD, « Commentaire de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », RTD civ. 2004, p. 581

du support électronique (Section 1) et d'autre part, en l'absence de ces difficultés spécifiques, il faut appliquer purement et simplement les règles existantes (Section 2).

Section 1 : L'adaptation des règles existantes

587. Les contrats du cybercommerçant présentent certaines particularités qui tiennent aux modalités d'expression du consentement, tant au niveau de l'offre qu'au niveau de l'acceptation. L'originalité du contrat du cybercommerçant tient essentiellement au mode d'expression de la volonté des parties contractantes qui nécessite l'utilisation du support électronique. La conclusion du contrat se caractérise par le fait qu'elle procède d'un système informatique avec ses implications en termes de dépersonnalisation, produisant deux conséquences.

Dans un premier temps, l'impact de la dépersonnalisation porte sur la forme de l'offre et de l'acceptation. Le mode d'expression du consentement dans l'univers du cybercommerçant a suscité des débats laissant planer des incertitudes, des hésitations qui peuvent mettre en péril le développement du commerce électronique. Pour mettre fin à tous ces débats, et à la méfiance, il y a nécessité de reconnaître légalement le support électronique dans le cadre de la conclusion du contrat. Cette reconnaissance concerne le site Internet, le courrier électronique et le « clic » ; et elle permet de clarifier le fait qu'il n'est pas question de reconnaître une volonté électronique qui nécessite d'octroyer la personnalité juridique au système informatique. Le système informatique est simplement un vecteur qui permet aux volontés émanant de personnes juridiques, de se manifester.

Dans un deuxième temps, la facilité et la rapidité avec lesquelles l'internaute effectue ses achats sur Internet, peuvent parfois dénaturer son consentement ou même le transformer en simple réflexe. Le risque redouté est celui du clic mal placé ou involontaire. La dépersonnalisation facilitant les risques, il faut donc protéger le consentement en mettant en œuvre des techniques résultant du support électronique : le « double clic ».

Il ressort de cela que la dépersonnalisation produit des effets négatifs affectant les conditions de validité du contrat et qui nuisent au développement du commerce électronique. La neutralisation de la dépersonnalisation impose d'adapter les règles existantes d'une part, pour reconnaître légalement le consentement dans l'univers du cybercommerçant (Paragraphe 1), et d'autre part, pour garantir la protection juridique du consentement (paragraphe 2).

Paragraphe 1- La reconnaissance juridique du consentement dans l'univers du cybercommerçant

588. L'application des règles générales à l'univers du cybercommerçant n'est pas sans soulever des difficultés, surtout lorsqu'il s'agit de transposer des situations envisagées avant l'avènement d'Internet, aux contrats du cybercommerçant marqués par la dépersonnalisation. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont proposé des théories spécifiques fondées sur le système informatique afin de reconnaître juridiquement le consentement dans l'univers du cybercommerçant. Toutefois, ces théories spécifiques doivent être récusées car elles visent à reconnaître la qualité de partie contractante non pas au cybercommerçant mais plutôt au système informatique que le cybercommerçant utilise pour la conclusion des contrats. Ces théories spécifiques sont inutiles car seules des personnes juridiques : le cybercommerçant et son cocontractant sont des sujets de droit, et la reconnaissance juridique du consentement se fait aisément par l'application des règles existantes. Le cybercommerçant qui utilise le système informatique demeure la partie contractante, capable de volonté, et le système informatique n'est qu'un moyen d'expression du consentement.

Il ressort de cela que pour reconnaître juridiquement le consentement dans l'univers du cybercommerçant, il faut rejeter les théories spécifiques relatives au système informatique (I) et avoir recours aux règles existantes (II).

I- Le rejet des théories spécifiques relatives au système informatique

589. La dépersonnalisation se matérialise par l'absence de présence physique des parties contractantes et l'utilisation du support électronique. Ces modalités particulières de conclusion des contrats impliquent surtout pour le cybercommerçant, la mise en place d'un système informatique paramétré, qui jouit d'une certaine autonomie, qu'il paraît légitime de se demander s'il reste la place pour une parcelle de volonté telle que définie par les règles existantes. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont estimé que la validité des contrats du cybercommerçant impose l'élaboration de bases juridiques de la reconnaissance d'une volonté électronique qui proviendrait non plus des personnes physiques ou morales : à savoir le cybercommerçant et son cocontractant mais plutôt du système informatique. Ils ont considéré que la volonté juridique manifestée lors de la conclusion de ces contrats émane plutôt des systèmes informatiques en écartant le cybercommerçant et son cocontractant. En

outre, lorsqu'ils reconnaissent le rôle du cybercommerçant dans la conclusion des contrats, le système informatique devient le mandataire du cybercommerçant. Ils proposent de ce fait, la reconnaissance juridique de la volonté électronique des systèmes informatiques, à travers la théorie de la personnalité juridique (A) et la théorie du mandat (B). Toutefois, ces théories appellent une réfutation ferme.

A- La théorie de la personnalité juridique

590. Le cybercommerçant et son cocontractant ont recours au système informatique pour la conclusion des contrats. Le système informatique se charge d'exécuter un ensemble d'instructions donné par l'utilisateur, jusqu'avoir une certaine autonomie dans l'action. C'est pour cela que des auteurs⁵⁷⁷ ont proposé d'octroyer la personnalité juridique au système informatique à travers l'application de la théorie de la personnalité juridique. Ainsi, la théorie de la personnalité juridique permettrait de reconnaître juridiquement le consentement dans l'univers du cybercommerçant. Cette reconnaissance serait soutenue par l'octroi de la personnalité juridique au système informatique. Pour y parvenir, l'on peut avoir recours à la fiction juridique. La fiction permet de prendre à contre-pied la réalité afin de conférer effet juridique à des situations qui normalement, devraient en être dépourvues. La fiction doit être l'œuvre du législateur. Par conséquent, il faut l'intervention du législateur en vue de conférer la personnalité juridique au système informatique. Toutefois, tout cela est complexe, c'est pour cela que cette théorie doit être réfutée.

591. Les dispositions du Code civil posent comme condition que le consentement doit être donné par des personnes capables, pour que le contrat soit valable. Ces auteurs envisagent comme solution de conférer la personnalité juridique au système informatique. La personnalité juridique n'est pas exclusivement liée à l'homme, elle est conférée aussi aux entités qui posent des actions propres pouvant avoir une signification juridique. En effet, la loi reconnaît la personnalité juridique à de nombreux organismes comme les sociétés, les corporations, les associations, les organisations internationales, l'État, etc. Il devrait en être de

⁵⁷⁷ Les auteurs favorables à la reconnaissance de la personnalité juridique aux systèmes informatiques sont Tom ALLEN and Robin WIDDISON, "Can computers make contract?" *Havard Journal of law and technology*, vol. 9, n° 1, Winter 1996, p. 24, Cité par Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, in *Lex electronica*, vol. 5, n° 1, 1999, disponible sur le site *Juriscom.net* ; et par Windpagnangde Dominique KABRE, La conclusion des contrats électroniques : Etude de droits africains et européens, Thèse précitée, p. 120 et s.

même pour le système informatique en raison de son autonomie. L'autonomie est consacrée par l'automatisation du consentement qui fait que l'intervention de l'homme ne devient alors qu'accessoire.

Cette automatisation se manifeste sous deux aspects. D'abord, sur le site Internet du cybercommerçant, les caractéristiques essentielles du contrat, sont automatiquement définies et présentées aux internautes grâce à un logiciel paramétré par le cybercommerçant qui peut tenir compte de plusieurs données : un indice des prix, une synthèse des questionnaires proposés en ligne, ou au travers des cookies qui transmettent des informations au logiciel qui dressera alors le profil commercial des visiteurs du site. Cela permet par exemple d'adapter les pages à un utilisateur particulier et de lui proposer des produits et des prix personnalisés.

Ensuite, dans les rapports entre professionnels, l'automatisation intervient au travers de l'Echange de données informatisées (l'EDI). L'EDI permet en effet de déléguer à un ordinateur préalablement programmé la conclusion de contrats commerciaux. Cette automatisation atteint aussi bien l'offre que l'acceptation⁵⁷⁸.

592. Toutefois, cette théorie fait l'objet de critiques. D'abord, dans le cas de l'EDI, la validité des contrats a été réglée par le biais des accords passés entre les parties bien connues à l'avance. Les transactions automatisées sont encadrées par une convention visant à définir les modalités relatives à l'utilisation et à l'échange des données informatiques. Ensuite, si le système informatique est capable de volonté, le cybercommerçant serait effacé et ne sera plus tenu car n'étant plus partie au contrat. Il faut en outre identifier les systèmes informatiques et voir s'ils respectent les conditions à savoir l'autonomie dans la gestion des affaires et les immatriculer afin de leur accorder cette personnalité juridique. Tout cela est complexe. Le système informatique demeure un outil technique permettant au cybercommerçant de conclure des contrats. C'est pour toutes ces raisons que la théorie de la personnalité juridique doit être rejetée.

593. En définitive, la nécessité de reconnaître juridiquement le consentement dans l'univers numérique, a amené des auteurs à avoir recours à la théorie de la personnalité juridique. La reconnaissance juridique d'une telle volonté suppose au préalable de reconnaître un statut juridique au système informatique. Il faut de ce fait octroyer la personnalité juridique au système informatique à travers la fiction juridique. Toutefois, la volonté ne peut venir d'une machine, seule l'homme est capable de volonté. Le système informatique est un moyen

⁵⁷⁸ Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, article précité.

qui permet au cybercommerçant et à son cocontractant d'exprimer leur volonté. C'est pour cela qu'il faut récuser la théorie de la personnalité juridique. Il en est de même de la théorie du mandat.

B- La théorie du mandat

594. La nécessité de reconnaître le consentement dans l'univers du cybercommerçant, a amené des auteurs à avoir recours à la technique du mandat. Le mandat est défini par l'article 1984 du Code civil comme : « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». L'application de la théorie du mandat selon ces auteurs, révèle que le cybercommerçant est représenté par le système informatique qui conclut le contrat en son nom. ; et de ce fait le système informatique engage alors le cybercommerçant. Cependant, cette théorie du mandat doit être récusée, car le système informatique n'a pas la personnalité juridique, pour être le mandataire du cybercommerçant.

595. Des auteurs⁵⁷⁹ ont proposé la théorie du mandat en se fondant sur le fait que les acteurs du commerce électronique délèguent un pouvoir déterminant au système informatique. Il s'agirait alors de considérer que la machine a été mandatée pour agir en leur nom et pour leur compte. Il faut passer par la théorie du mandat pour reconnaître le consentement dans l'univers du cybercommerçant.

Toutefois, il existe des obstacles juridiques à la théorie du mandat. Au niveau des rapports entre le mandant et le mandataire, le mandataire doit avoir la volonté d'agir pour le compte du mandant et manifester cette volonté. Au niveau des rapports entre mandataire et cocontractant du mandant, la volonté du mandataire doit exister et ne pas non plus être entachée de vices. Si le mandataire dépasse ses pouvoirs, il engage à l'égard des tiers, sa responsabilité. Or, le système informatique n'a pas de volonté propre. Il ressort de cela que le système informatique ne saurait engager sa responsabilité, car il n'a pas de personnalité juridique. Ainsi, pour que le système informatique puisse être mandataire, il faudrait en revenir à la première proposition, à savoir lui conférer la capacité de contracter. Le mandataire doit être une

⁵⁷⁹ Parmi ces auteurs, nous avons John FISCHER, *Computers as agents : A proposal approach to revised U.C.C. article 2*, Indiana L. J., 72, 1997, Cité par Lionel THOUMYRE, *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, article précité

personne physique ou morale, donc un sujet de droit. Cette qualité n'est pas attribuée par la loi au système informatique.

596. En somme, les théories spécifiques fondées sur la personnalité juridique et le mandat, qui visent à reconnaître une volonté électronique qui proviendrait du système informatique, doivent être rejetées. Il faut ramener le rôle du système informatique à celui de simple vecteur, et remonter à la personne, pour trouver la source de la volonté de contracter. Cela revient à placer le cybercommerçant et son cocontractant au cœur de la reconnaissance juridique du consentement. Il ressort de cela que le consentement émane toujours de personnes physiques ou morales qui expriment leurs volontés en utilisant un vecteur. Ici ce vecteur est le système informatique, d'où le rejet des théories spécifiques reconnaissant une volonté électronique. Il convient alors d'avoir recours aux règles générales pour reconnaître juridiquement le consentement dans l'univers du cybercommerçant.

II- Le recours aux règles générales

597. Le contrat est formé par l'échange des consentements. Le consentement est la manifestation de volonté de chacune des parties contractantes. Cette manifestation ne peut donner naissance à un accord que si elle est extériorisée, de telle sorte que le cocontractant puisse en prendre connaissance. Dans l'univers du cybercommerçant, la proposition de contrat ou offre est émise à distance sous forme dématérialisée d'une part, et d'autre part, elle transite par un système informatique qui s'interpose entre parties contractantes. Il en est de même de l'acceptation. Cette spécificité ne modifie en rien les caractères et le rôle classique de l'offre et de l'acceptation. Toutefois elle affecte leurs modalités d'expression. Les volontés des parties contractantes se manifestent à travers le vecteur électronique. Il était donc nécessaire de reconnaître juridiquement le support électronique tant comme moyen de manifestation de l'offre que comme moyen de manifestation de l'acceptation. Cette reconnaissance permet de mettre fin à tous ces débats visant à accorder une volonté électronique aux systèmes informatiques, d'une part, et d'autre part, elle permet d'assurer la sécurité dans l'univers du cybercommerçant et de promouvoir la conclusion des contrats électroniques. Cela a nécessité d'avoir recours aux règles générales en les adaptant à l'univers du cybercommerçant.

Ainsi, la neutralisation de la dépersonnalisation exige d'adapter les règles existantes à l'univers du cybercommerçant afin de sécuriser le processus de conclusion des contrats électroniques, imposant au travers du support électronique, la rencontre de l'offre (A) et de l'acceptation (B).

A- L'offre du cybercommerçant

598. L'offre peut être définie comme une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat⁵⁸⁰. L'offre électronique est une déclaration unilatérale de volonté adressée sur Internet par le cybercommerçant à une ou des personnes déterminées ou indéterminées, et par laquelle l'offrant, le cybercommerçant, propose la conclusion d'un contrat. Toutefois, l'offre du cybercommerçant présente des particularités qui tiennent aux modalités de son expression. Elle se matérialise par l'incidence de la dépersonnalisation qui impose le recours au système informatique. Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il s'est agi de reconnaître juridiquement la forme électronique de l'offre en vue de lui appliquer les critères traditionnels de validité au fond. Cela nous permet de mettre en relief la réception légale du support électronique (1) et la validité de l'offre (2).

1- La réception légale du support électronique

599. Le cybercommerçant comme tout commerçant doit extérioriser son offre. Il va l'exprimer par un mode de communication à distance, le support électronique, qui présente une certaine originalité. De par sa présence sur le réseau informatique, l'offre, comme n'importe quelle information qui s'y trouve, correspond à un ensemble de données paramétrées, intégrées à un logiciel qui gère l'émission de l'offre. L'utilisation du système informatique implique la traduction de tout élément informationnel, en données numériques dont le traitement obéit mécaniquement aux règles de la technique informatique⁵⁸¹. Ainsi, le support électronique impose au cybercommerçant d'exprimer son offre qu'à travers le site

⁵⁸⁰ Jacques GHESTIN, Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat, L.G.D.J., 3^e éd., 1993, n° 292, p. 260

⁵⁸¹ Florence MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, Thèse précitée, n°50, p. 69

Internet et le courrier électronique. Or, le support électronique n'était pas régi par les règles existantes et c'est un nouveau moyen pour contracter. Cela suscitait des doutes, des hésitations et une certaine méfiance à l'égard des contrats du cybercommerçant, qui pouvaient nuire au développement du commerce électronique. Il revenait au législateur de lever tout obstacle à la validité des contrats du cybercommerçant en intégrant le support électronique dans l'ordre juridique. Cette intégration a nécessité d'adapter les règles existantes afin de reconnaître juridiquement l'offre émise sur le site Internet d'une part, et d'autre part, l'offre émise par courrier électronique.

600. En premier lieu, il s'est agi de neutraliser la dépersonnalisation à travers la réception légale de l'offre émise sur le site Internet du cybercommerçant. D'abord, la réception légale de l'offre du cybercommerçant faite sur son site Internet permet de lever les doutes en vue d'inciter les internautes à conclure des contrats sur le site Internet du cybercommerçant. Cette réception légale est traduite par l'article 1369-1 du Code civil qui affirme que : « *La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services* ». Ensuite, l'article 1369-4 du Code civil s'inscrit dans ce même cadre en énonçant que : « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ...* ».

Désormais, il n'existe plus de difficulté dans la qualification d'offre électronique. Le support électronique peut accueillir toutes sortes d'offres. Et l'on distingue les offres de vente de biens et des offres de prestations de service auxquelles, doit pouvoir avoir accès tout internaute. Il suffit simplement que l'internaute se rende sur le site Internet du cybercommerçant. Cette offre est visible à l'écran de l'ordinateur ou du téléphone portable. L'offre sur le site Internet du cybercommerçant est adressée à un nombre indéterminé de personnes. Le caractère public de l'offre s'impose.

601. En deuxième lieu, il s'est agi de neutraliser la dépersonnalisation à travers la réception légale de l'offre émise par courrier électronique. Cette réception légale permet de mettre fin aux hésitations et aux craintes suscitées par cette nouvelle méthode de contracter dans le but d'encourager les contrats conclus par courrier électronique. Le courrier électronique est un message de données transmis par voie électronique. La reconnaissance juridique de l'utilisation de messages de données dans le cadre de l'offre du cybercommerçant, se manifeste d'une part, à travers l'article 1369-2 du Code civil en ces

termes : « *Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen* » ; et d'autre part, à travers l'article 1369-3 du Code civil qui affirme que : « *Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique...* ».

L'offre adressée par courrier électronique résulte de l'envoi d'un message à un destinataire forcément connu et identifié par son adresse électronique. C'est donc une offre à personne déterminée. L'envoi de courriers électroniques à un grand nombre de personnes citées nominativement est une offre à personne déterminée. Il est facile pour le cybercommerçant d'automatiser l'envoi de courriers électroniques afin qu'ils s'adressent nominativement à un grand nombre de personnes. C'est aussi le cas dans l'hypothèse des contrats conclus par échanges de données informatisées (EDI), dans lesquels les cocontractants se connaissent et leurs échanges de données a fait l'objet d'un accord préalable.

Toutefois, une offre envoyée par courrier électronique à un nombre important de personnes pourra être considérée comme publique dès lors que le cybercommerçant ne s'adresse pas nominativement à chacun des bénéficiaires.

2- La validité de l'offre

602. L'offre étant toute proposition ferme de conclure le contrat à des conditions déterminées. Cela implique que l'offre pour être valable, doit être ferme et précise. L'offre du cybercommerçant comme toute offre, obéit aux exigences classiques pour sa validité. Cela est traduit par l'article 1369-4 du Code civil en ces termes : « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ...* ». Il ressort de cela que l'offre du cybercommerçant pour être valable doit être ferme et précise.

603. D'une part, l'offre électronique comme toute offre de droit commun est une proposition ferme de conclure un contrat déterminé. L'exigence de fermeté signifie que l'offre

doit reposer sur la volonté d'être engagé dans le contrat proposé par le seul fait de l'acceptation par le cocontractant. L'offrant donne au destinataire de sa proposition le pouvoir de former le contrat. A défaut de fermeté, une proposition de contracter ne peut être qualifiée d'offre mais simplement d'invitation à entrer en pourparlers. L'exigence de fermeté pose la question de la compatibilité d'une offre avec des réserves. Une réserve est une limite apportée par l'auteur d'une proposition à sa volonté de contracter, qui peut être expresse ou tacite. La réserve peut porter sur la personne du cocontractant, ou encore sur les conditions du contrat⁵⁸². Les réserves n'affectent utilement l'offre qu'à la condition d'être exprimée ou si elles sont tacites, de correspondre à la nature des choses ou de la convention.

Lorsque l'offrant se réserve la possibilité de modifier ses propositions ou de refuser de conclure le contrat sans en indiquer le motif, ou en l'absence de contrat *intuitu personae*, si la réserve porte sur la personne-même de l'acceptant, il va s'agir non d'une offre mais plutôt d'une simple invitation à entrer en pourparlers.

En revanche, rien n'interdit que l'offre soit assortie de conditions de validité qui y sont énoncées comme « offre valable à telle condition, pendant telle durée, etc., » et, de conditions de validité implicites comme « offre valable jusqu'à épuisement du stock ». Ces conditions se retrouvent aussi dans le commerce traditionnel, et elles ne remettent pas en cause la validité de l'offre⁵⁸³. Il ressort de cela que lorsque l'offre du cybercommerçant indique un délai de validité, elle est en principe, considérée comme automatiquement caduque à l'échéance du terme, même si elle reste accessible.

En outre, en l'absence d'indication de délai, l'article 1369-4 du Code civil règle la question de la durée de validité de l'offre, en ces termes : « ... *sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ...* ». Ainsi, lorsque l'offre n'est pas assortie de délai, cette solution légale a le mérite de supprimer les hésitations que l'on rencontre en droit commun où le principe de libre révocabilité de l'offre s'applique ; toutefois, la jurisprudence⁵⁸⁴ oblige l'offrant à maintenir son offre pendant un délai raisonnable. Ce délai raisonnable varie selon les circonstances, car il résulte de la nature du contrat projeté et du temps nécessaire à la réflexion et à la réponse du destinataire. Cette solution jurisprudentielle ne s'applique pas dans l'univers du cybercommerçant, où l'offre est valablement acceptée tant qu'elle reste

⁵⁸² Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral, Coll. Thémis droit, 3^e éd. PUF, 2012, p. 262

⁵⁸³ Jean BEAUCHARD, L'offre dans le contrat électronique, in Le contrat électronique au cœur du commerce électronique : Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial, (Études réunies par Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE), LGDJ 2005, p. 39

⁵⁸⁴ D. 1993, p. 493, note G. Virassamy ; RTD. Civ., 1993, p. 345, obs. J. Mestre

accessible par voie électronique du fait de son auteur et en l'absence d'indications contraires⁵⁸⁵.

604. D'autre part, l'offre du cybercommerçant comme toute offre, pour être valable, doit être précise. Elle doit contenir les éléments essentiels du contrat et ne pas être équivoque. Il faut que l'offrant mentionne dans son offre les éléments qui permettront de déterminer la substance du contrat, son contenu et notamment de fixer les obligations des parties. Les éléments essentiels du contrat dépendent du type de contrat considéré. Aussi exige-t-on pour la vente, selon l'article 1583 du Code civil que l'offre contienne au moins l'indication des éléments essentiels du contrat : la chose et son prix. Si l'un des éléments manque, il s'agit d'une simple invitation à entrer en pourparlers ou d'un appel d'offres qui ne lie pas l'offrant en cas d'acceptation.

En outre, on voit des publicités sur Internet qui ne comportent pas de possibilité de conclure immédiatement un contrat électronique, mais invitent à se rendre sur un site où la conclusion du contrat est alors possible. La publicité devient alors une offre potentielle, car la publicité ne comporte pas toutes les précisions nécessaires à la conclusion du contrat. Sur Internet, la publicité peut facilement se transformer en une véritable offre à travers des liens comme : « Pour passer commande, cliquez ici »

605. En définitive, la dépersonnalisation impose le recours du cybercommerçant au support électronique pour exprimer son offre. Le support électronique demeurant un nouveau moyen de contracter, n'était pas régi par les règles existantes. Cela a suscité des craintes et hésitations pouvant mettre en péril le développement du commerce électronique, qui imposaient alors de sécuriser l'univers du cybercommerçant. Dans le but de favoriser la conclusion des contrats électroniques, il a été nécessaire d'adapter les règles existantes en vue de reconnaître juridiquement l'offre électronique sur le site Internet et par courrier électronique. L'offre du cybercommerçant, comme toute offre, obéit aux critères classiques de validité. Cette offre pour former le contrat doit rencontrer l'acceptation de l'internaute.

⁵⁸⁵ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Droit civil : Les obligations. 1- L'acte juridique, 15^e éd. Dalloz Sirey 2012, n° 140-1, p. 121

B- L'acceptation de l'offre du cybercommerçant

606. L'acceptation est un acte unilatéral de volonté émanant du destinataire de l'offre. Elle est la manifestation, par le destinataire de l'offre, de son intention de conclure le contrat⁵⁸⁶. La volonté doit s'extérioriser. Il ne suffit pas qu'elle existe dans le for intérieur du cocontractant, il faudrait qu'elle soit déclarée afin que le commerçant de l'univers numérique en prenne connaissance. Il s'agit de voir la manière dont le cocontractant exprime son consentement. Pour extérioriser sa volonté, compte-tenu de la dépersonnalisation, l'internaute doit passer par le système informatique, à travers le mécanisme du « clic » qui est une formalité propre à l'univers du cybercommerçant. Toutefois, le « clic » n'est pas régi par le droit existant, et il est un nouveau moyen pour exprimer son acceptation. Cela a suscité des débats tendant à remettre en cause ce mode d'expression du consentement. C'est pour lever toutes les inquiétudes qu'il a été opportun d'intégrer dans l'ordre juridique le mode d'acceptation par support électronique, imposé par la dépersonnalisation. Il s'agit dans ce cadre de mettre en relief la réception légale du geste électronique : le « clic » (1) et l'efficacité de l'acceptation (2).

1- La réception légale du geste électronique : le « clic »

607. Le principe du consensualisme impose que l'offre rencontre l'acceptation pour former le contrat. Si la dépersonnalisation de l'acceptation n'affecte en rien les conditions classiques de la volonté, elle influe néanmoins sur les modalités de son expression. Il ressort de cela que la spécificité de l'acceptation concerne l'utilisation du système informatique pour manifester son accord à l'offre émise par le cybercommerçant. L'acceptation du cocontractant du cybercommerçant n'est pas exprimée oralement, ni par écrit, mais plutôt par un geste. Cette spécificité résulte de la forme de la manifestation de l'acceptation sur le réseau Internet qui se fait à travers le « clic ». Alors quel sens assigné à ce geste ? Il était nécessaire de reconnaître juridiquement ce geste comme valant acceptation de l'offre du cybercommerçant dans le but de neutraliser la dépersonnalisation.

608. L'acceptation de l'offre s'extériorise par un geste électronique : le « clic ». L'action du bouton d'acceptation entraîne la transmission d'informations numériques qui

⁵⁸⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral, précité, p. 270

seront reconnues par un logiciel, lequel les convertira en informations intelligibles pour le cybercommerçant destiné à les recevoir. La pratique du clic est un langage reconnu en informatique qui exprime une volonté réelle. Il peut sembler difficile de considérer ce geste comme une acceptation expresse. C'est vrai que le clic n'a pas en lui-même de sens. Pourtant au travers de l'enchaînement des conséquences décrit ci-dessus, ce geste sera identifiable par le cybercommerçant. Or en droit civil, un geste non-équivoque ou un comportement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de l'acceptant.

La jurisprudence⁵⁸⁷ admet que le fait pour une personne de monter dans un autobus ou dans un taxi en stationnement à l'emplacement consigné, est considéré comme une manifestation expresse de l'acceptation du contrat de transport. En outre, la doctrine soutient que de simples signes faits avec le corps tel qu'un hochement de tête, un doigt levé dans une vente aux enchères peuvent constituer une acceptation expresse, si d'après les usages, ils sont destinés à révéler la volonté⁵⁸⁸.

Il revenait au législateur de reconnaître juridiquement l'utilisation du support électronique pour manifester son acceptation. Cela est traduit par l'article 1369-4 du Code civil en ces termes : « *L'offre énonce en outre : les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; les moyens techniques permettant à l'utilisateur avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger...* »

Ainsi, une manifestation du consentement autre que la signature traditionnelle d'un acte est introduite dans le Code civil. La reconnaissance juridique des moyens techniques résultant du système informatique, permet d'y inclure le « clic » admis par la pratique, qui est un geste de la main qui fait sens dans l'univers du cybercommerçant. Cette reconnaissance légale s'imposait car selon monsieur le Professeur Michel VIVANT, il fallait « *donner un guide contraignant à l'interprète, parce que le geste est trop neuf pour qu'il soit aisément déchiffrable et clairement déchiffré* »⁵⁸⁹.

2- L'efficacité de l'acceptation

609. L'acceptation n'est rien d'autre que l'expression de la volonté du destinataire de l'offre de conclure le contrat qui lui a été proposé. L'efficacité de l'acceptation est son

⁵⁸⁷ Cass. I civ., 2 déc. 1989, Bull. civ. I, p. 303, n° 381

⁵⁸⁸ Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, précité ; Michel VIVANT, Le contrat plongé dans l'« économie numérique », in Rev. des contrats 2005/4, p. 533-553

⁵⁸⁹ Michel VIVANT, Le contrat plongé dans l'« économie numérique », précité, p. 547

aptitude à provoquer la formation du contrat. Elle est régie par un principe d'identité à l'offre qui nécessite au préalable la connaissance et la validité de l'offre. Cette règle s'applique dans l'univers du cybercommerçant.

610. L'acceptation est subordonnée à sa parfaite conformité à l'offre. Elle doit porter sur tous les éléments essentiels de l'offre. Elle pourrait se résumer en un simple « oui ». Le principe est que la moindre discordance fait obstacle à la formation du contrat. Dans ce cas, la réponse du destinataire de l'offre constitue une contre-proposition qui emporte deux effets principaux. D'une part, parce qu'elle équivaut à une offre, si elle est ferme et précise, celui qui l'a fait, prend la qualité d'offrant. Et d'autre part, elle entraîne la caducité de l'offre à laquelle elle répond.

Sur le site Internet du cybercommerçant, il ne peut exister de contre-proposition, car sur l'écran, on n'adhère ou on n'adhère pas. En effet, l'internaute se connecte, sélectionne un bien ou un service qu'il glisse dans un « panier ». Il renseigne une espèce de questionnaire, en s'identifiant et peut accéder aux conditions de l'accord. Il peut être avisé de la possibilité de souscrire diverses assurances, parfois. Le cybercommerçant lui demande s'il accepte ou s'il refuse en bloc. L'internaute clique⁵⁹⁰. Il existe de ce fait sur le site Internet, une impossibilité technique de faire une autre proposition. La contre-proposition ne peut être possible que lorsque l'offre a été faite par courrier électronique et autorise l'acceptation par courrier électronique. S'il s'agit de renvoyer le destinataire de l'offre sur la page d'accueil du site Internet, ce dernier ne pourra pas faire de contre-proposition.

611. Pour conclure le paragraphe 1, nous pouvons dire que le contrat se forme en droit français, sauf exceptions, par la seule rencontre de l'offre et de l'acceptation. Les contrats du cybercommerçant ne dérogent pas à cette exigence traditionnelle. Toutefois, la dépersonnalisation qui caractérise l'univers du cybercommerçant renouvelle de manière considérable le mode d'expression de l'offre et de l'acceptation. C'est le support électronique qui permet aux parties d'extérioriser valablement le consentement nécessaire à la formation du contrat. Ici, le rôle du système informatique est omniprésent, jusqu'à avoir des fois, une certaine autonomie dans la conclusion des contrats. Toutefois, il ne saurait exister de volonté électronique manifestée par le système informatique. Le système informatique demeure un

⁵⁹⁰ Jean BEAUCHARD, L'offre dans le contrat électronique, in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique : Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial*, (Études réunies par Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE), L.G.D.J. 2005, p. 39

vecteur qui permet aux parties d'exprimer leurs volontés. C'est la raison pour laquelle, il faut rejeter les théories spécifiques relatives au système informatique, pour appliquer les règles générales. La manifestation de l'offre et de l'acceptation comporte de ce fait une originalité due à l'utilisation du support électronique qui impose le recours au site Internet, au courrier électronique et à un geste, « le clic ». Ces moyens étant nouveaux et n'étant pas régis par les règles existantes, il était nécessaire de sécuriser l'univers du cybercommerçant en levant les obstacles marqués par des hésitations et la méfiance dans le but de promouvoir la conclusion des contrats électroniques, à travers la reconnaissance juridique du consentement sur Internet. Il ressort de cela que la reconnaissance juridique du consentement dans l'univers du cybercommerçant passe par l'adaptation des règles existantes, qui permet de neutraliser la dépersonnalisation. Aussi, l'utilisation du support électronique comporte des risques, il est impératif de protéger le consentement dans l'univers du cybercommerçant.

Paragraphe 2- La protection juridique du consentement dans l'univers du cybercommerçant

612. La dépersonnalisation fait courir aux parties contractantes le risque de passer des contrats irréfléchis ou avec des erreurs. Le risque redouté est celui du clic mal placé ou involontaire. Et l'application pure et simple de la théorie des vices du consentement est quelques fois inefficace, car elle n'entraîne pas la nullité des contrats dans tous les cas. Pour lutter efficacement contre les risques de conclusion facile et rapide du contrat dus à la dépersonnalisation, il faut utiliser au maximum les ressources du medium pour permettre à l'internaute d'exprimer un consentement éclairé tant sur le contenu de la transaction que sur les modalités de celle-ci. C'est pour cela que le législateur a encadré le processus de formation du contrat du cybercommerçant par un formalisme destiné à renforcer la sécurité juridique, et à assurer la protection des parties contractantes. L'objectif affiché est de ne pas modifier les exigences classiques relevant du fond du contrat, mais de les adapter à l'univers numérique.

Ainsi, la protection juridique du consentement dans l'univers numérique impose de reconnaître que les vices du consentement facilités par la dépersonnalisation ne trouvent pas toujours des remèdes avec l'application pure et simple des règles existantes (I) et la solution réside dans l'adaptation des règles à travers l'instauration du « double clic » (II).

I- Les vices du consentement facilités par la dépersonnalisation

613. La dépersonnalisation autorise le recours au support électronique qui permet l'aspect instantané et dynamique de la conclusion des contrats dans l'univers du cybercommerçant. En dépit des avantages de la dépersonnalisation, elle comporte aussi des risques, en facilitant les vices du consentement. Même si la théorie des vices du consentement permet de résoudre en partie les problèmes suscités par la dépersonnalisation, elle demeure impuissante face à d'autres risques. La nullité du contrat ne s'impose pas dans tous les cas de risques. L'automatisation du processus de formation du contrat augmente considérablement le risque d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre en ligne (A), et le risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique (B).

A- Le risque d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre

614. L'univers du cybercommerçant marqué par la dépersonnalisation se caractérise par l'instantanéité et la rapidité de la conclusion des contrats. Cette situation contraste avec les délais parfois longs de conclusion des contrats traditionnels. Il fait craindre que l'internaute ne se trouve lié par une commande d'un bien ou service non désirés ou insuffisamment réfléchi. Pour cela les règles existantes proposent des remèdes qui s'appliquent dans l'univers numérique. Ainsi, aux termes des dispositions de l'article 1109 du Code civil : *« Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol »*. L'erreur et le dol ne présentent aucune caractéristique particulière sur Internet. Toutefois, elles sont facilitées par la dépersonnalisation. La violence régie par l'article 1112 du Code civil paraît peu probable dans les contrats du cybercommerçant. Il ressort de cela que dans l'univers du cybercommerçant, le consentement peut être affecté par l'erreur ou par le dol. Cependant, il existe des critères pour que l'erreur et le dol entraînent la nullité du contrat.

615. Dans un premier temps, l'erreur est une fausse appréciation de la réalité qui consiste à prendre pour vrai ce qui est faux, ou inversement. Toutes les erreurs ne sont pas cause de nullité du contrat. Cela est traduit par l'article 1110 du Code civil en ces termes : *« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe*

que sur la personne avec laquelle l'on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

L'erreur sur les qualités substantielles paraît peu probable car le cybercommerçant fait une description précise du produit sur son site. L'erreur-obstacle⁵⁹¹ qui peut se retrouver sur Internet se manifeste par un malentendu en ce qui concerne la nature du contrat passé, la désignation de la chose acquise. En outre, dans un souci de sécurité juridique, il n'est pas possible d'arguer d'une erreur quelconque pour solliciter l'annulation du contrat. Ainsi, pour entraîner la nullité du contrat, l'erreur doit présenter un caractère déterminant et elle doit être excusable, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas résulter d'une faute grossière de la victime et notamment de son ignorance de la chose dont elle aurait dû s'informer. La faute grossière ou la négligence qui se manifeste par le fait de conclure un contrat sans lire les conditions générales de l'offre ou les lire sans accorder une attention particulière, est récurrente sur Internet. La mauvaise compréhension des conditions de l'offre ne saurait constituer tout le temps une erreur justifiant la nullité du contrat.

616. Dans un deuxième temps, le dol est le fait par l'une des parties d'avoir provoqué ou suscité une tromperie propre à induire l'autre partie en erreur de sorte à l'amener à conclure le contrat. Le dol est constitué de l'agissement dolosif et de la réticence dolosive. L'agissement dolosif se manifeste par des manœuvres frauduleuses (moyens déloyaux, artifices, mises en scène) et le mensonge. La réticence dolosive est un silence éloquent qui peut provoquer l'erreur du cocontractant, à condition que le silence soit déterminant⁵⁹². La réticence qui est le fait de ne rien dire, de ne pas renseigner peut constituer aussi un dol lorsque la loi impose une obligation d'information. La difficulté de contrôler l'ensemble des informations dispensées sur les sites Internet laisse la porte ouverte au dol. Le consentement du cyberclient peut être vicié par une présentation imparfaite des produits. Le problème de l'accès à l'information claire et exacte peut se poser sur Internet. L'absence ou l'inexactitude de l'information peut être constitutive de dol⁵⁹³. Certes le dol peut être présent sur Internet, mais, pour que le dol entraîne la nullité du contrat, il faut qu'il soit déterminant, et il doit être prouvé. Cela est traduit par l'article 1116 du Code civil en ces termes : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres l'autre n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas*

⁵⁹¹ Cass. 3^e civ., 21 mai 2008, Bull. civ. 2008, III, n° 92

⁵⁹² Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 1967, Bull. Civ. 1967, I, n° 58

⁵⁹³ L'absence ou l'inexactitude de ses informations pourraient être sanctionnées aussi sur le fondement du délit de publicité mensongère, de la tromperie sur les caractéristiques essentielles des produits et services. Le non-respect de l'obligation d'information pourrait donner lieu à une sanction pénale basée sur l'escroquerie.

et doit être prouvé ». Si l'élément intentionnel n'est pas rapporté, les juges ne peuvent pas admettre l'existence d'un dol. Dans l'univers du cybercommerçant, la mauvaise compréhension des conditions générales de l'offre, ne donne pas en principe lieu à la nullité du contrat pour dol.

617. En somme, la dépersonnalisation facilite le risque d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre. Cela est dû à l'aspect instantané et rapide de la conclusion des contrats dans l'univers du cybercommerçant. Certes, il existe des mesures permettant de protéger *a posteriori* le cocontractant à travers la théorie des vices du consentement que sont l'erreur et le dol. Toutefois, le consentement n'est pas vicié par toute erreur et tout dol pour entraîner la nullité du contrat, mais seulement par celles encadrées par la loi. Il en résulte que le risque facilité par la dépersonnalisation peut ne pas être sanctionné par la nullité. C'est souvent le cas de la mauvaise compréhension des conditions de l'offre. La protection curative montre ses limites. Il y a nécessité de mettre plutôt l'accent sur la protection préventive, afin d'éviter ou de réduire les risques d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre. Il en est de même du risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique.

B- Le risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique

618. L'utilisation du support électronique comporte des risques liés au système informatique. Le danger principal pour un internaute qui conclut un contrat électronique est la mauvaise manipulation de la technique de communication à distance utilisée, ce qui pourrait aboutir à la conclusion accidentelle du contrat. Cette situation concerne aussi le cybercommerçant, et elle est relative à l'erreur d'affichage du prix. Un simple clic mal placé, involontaire, ou une erreur informatique peuvent donner lieu à la conclusion d'un contrat non voulu en dehors de tout vice du consentement efficace pour annuler le contrat. Le risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique peut concerner le cybercocontractant comme le cybercommerçant.

619. La première hypothèse concerne les erreurs matérielles du cybercocontractant. Il existe dans l'univers du cybercommerçant, un risque particulier pour l'internaute de céder aux sollicitations commerciales en donnant une acceptation qui ne correspond pas à une réelle

volonté de contracter. Il s'agit des erreurs matérielles résultant de la technique : erreurs de frappe et clic mal placé ou involontaire. La valeur du geste est très fragile avec les erreurs de saisie. Ce sont des erreurs liées à la saisie de données erronées : il s'agit des fautes de frappes involontaires. Aussi, l'internaute peut cliquer par inadvertance sur la touche « j'accepte », alors qu'il voulait cliquer sur « j'annule ». Il y a dans la pratique des précédents dans lesquels des personnes avaient prétendu ne pas avoir eu l'intention de confirmer un contrat en appuyant sur la touche « Entrée » d'un clavier d'ordinateur ou en cliquant sur l'icône « J'accepte » d'un écran. Il existe de ce fait des risques pour l'internaute de se trouver lié par une commande d'un bien ou service non désirés ou insuffisamment réfléchi. Il ressort de cela que l'acceptation peut être facilement contestée. Toutefois, ce sont des erreurs liées aux techniques d'acceptation qui sont souvent indifférentes. Le cocontractant ne pourra donc pas bénéficier de la nullité du contrat.

620. La deuxième hypothèse est relative à l'erreur commise par le cybercommerçant dans l'affichage du prix. L'erreur sur l'affichage du prix se distingue de l'erreur sur le prix par lequel le cybercommerçant se trompe quant à la valeur de l'objet et le vend à un prix inférieur. L'erreur sur l'affichage du prix correspond plutôt à une erreur matérielle. En effet, le cybercommerçant connaît très bien la valeur du bien sur le marché, mais lors de l'affichage du prix du bien, il oublie par exemple un chiffre à la fin. Elle devient fréquente dans l'univers du cybercommerçant. Et nous avons comme illustrations, Amazon aux États-Unis en 2003, a annoncé un ordinateur au prix de 99,99 Dollars au lieu de 1049 Dollars, après 6000 commandes, Amazon s'était rendu compte de son erreur et a annulé tous les contrats⁵⁹⁴. Au Canada, il y a l'affaire Dell soumise en juillet 2007 à la Cour suprême canadienne⁵⁹⁵. En France, cette situation est récurrente, elle n'est pas tout le temps soumise aux juridictions étatiques. Les décisions étant rares, nous nous permettons de citer celle du tribunal d'instance de Strasbourg du 24 juillet 2002. En l'espèce, un internaute avait commandé sur Internet un vidéo projecteur proposé à un prix dix fois inférieur au prix du marché. Nonobstant l'émission d'un récépissé d'accusé de réception confirmant le contrat, le cybercommerçant dénonce le contrat au motif d'une erreur d'affichage. Le tribunal d'instance de Strasbourg le 24 juillet 2002, a annulé la vente sur la base « *d'une erreur purement matérielle d'étiquetage informatique prouvée par les prix proposés par les concurrents de la société Netbusiness* ».

⁵⁹⁴ Disponible sur le site : www.seattlepi.nwsource.com/local/106251amazon29.shtml

⁵⁹⁵ Miriam COHEN, L'affaire DELL, qu'en est-il de l'erreur sur le prix, *Lex electronica*, vol. 12, n° 2, 2007, disponible sur www.lex-electronica.org

pour cet appareil »⁵⁹⁶. Le juge considère que l'erreur commise était à ce point, importante qu'elle devait être considérée comme empêchant la formation du contrat. L'existence de l'erreur matérielle flagrante est constatée à travers la disproportion importante entre le prix indiqué et le prix voulu. La notion d'erreur-obstacle⁵⁹⁷ peut trouver avec Internet une illustration ; l'obstacle est ici une simple anomalie technique.

Dans les autres cas, la jurisprudence décide que l'erreur matérielle portant sur le prix n'entraîne pas l'annulation du contrat⁵⁹⁸. Le cybercommerçant sera tenu de vendre le produit au prix affiché. Une erreur d'affichage n'est pas en principe considérée comme une erreur suffisante pour entraîner la nullité du contrat. Toutefois, si le prix est dérisoire, alors les tribunaux peuvent accorder la nullité. Il revient au juge du fond d'apprécier le caractère dérisoire du prix.

621. En définitive, les vices du consentement sont facilités par la dépersonnalisation à travers le risque d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre et le risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique. Les dispositions du Code civil relatives à l'erreur et au dol assurent la protection du consentement avec pour remède la nullité du contrat. Ces règles s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. Toutefois, elles ne permettent pas de résoudre entièrement les problèmes posés par la dépersonnalisation. La protection curative connaît de ce fait, des insuffisances. Pour assurer une protection efficace, il faut y adjoindre la protection préventive à travers l'instauration du « double clic ».

⁵⁹⁶ TI Strasbourg, 24 juill. 2002, Thierry P. c/ Netbusiness, disponible sur www.legalis.net ; Cédric MANARA, « Un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », note sous TI Strasbourg, 24 juill. 2002, D. 2003, jurispr., n° 2434 ; Moussa THIOYE, De l'annulation d'une vente électronique pour lapsus calami ou erreurs matérielles d'étiquetage du prix, Comm. com. électr. mars 2004, p. 30-33 ; Luc GRYMBAUD, Erreur d'étiquetage informatique : nullité de la vente », Comm. com. électr. janv. 2004, comm. 7, p. 33 ; Audrey LEBOIS, Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix, Contrats, conc., consom., octobre 2002, chron. 19, p. 8-12

⁵⁹⁷ CA Paris, 15 sept. 1995, D. 1995, IR, p. 219 : L'erreur sur le prix peut être une cause de nullité lorsqu'il résulte de l'indication par inadvertance d'un prix erroné ou d'un malentendu fondamental

⁵⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 303 ; D. 1997, p. 206, note A-M. LUCIANI : Une erreur d'étiquetage d'une bague « Cartier », pour un montant plus de quatre fois, inférieur à sa valeur ne constituait pas un prix dérisoire

II- L'instauration du « double clic »

622. Le réseau Internet se caractérise par l'instantanéité qui affecte la conclusion des contrats. Le seul « clic » facilite les achats d'impulsion. Les erreurs de saisie, les incidents techniques ou les mauvaises manipulations représentent un risque réel pour la sécurité des transactions. Le législateur a donc élaboré un régime de protection lié aux risques particuliers de l'utilisation du support électronique. Il a adapté les règles existantes pour instaurer le « double clic ». La technique du « double clic » permet d'éviter les fausses manipulations et prévient d'éventuelles contestations. L'instauration du double clic se traduit par la multiplication des étapes dans la manifestation du consentement. Cette multiplication participe à la mise en garde du cocontractant. L'engagement involontaire par un simple clic est aussi évité. La pratique du « double clic » renforce la qualité de l'acceptation en atténuant la rapidité et en garantissant l'intégrité du consentement. Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut adapter les règles existantes en instaurant le « double clic » qui permet l'atténuation de la rapidité (A) et garantit l'intégrité du consentement (B).

A- L'atténuation de la rapidité

623. L'existence de risques occasionnés par la dépersonnalisation donne de mettre en relief l'aspect instantané et dynamique de la conclusion du contrat. Pour lutter efficacement contre ces risques, il y a lieu d'agir sur la rapidité imposée par le support électronique. Ainsi, le système du « double clic » va constituer une protection *a priori* en atténuant la rapidité qui caractérise le réseau Internet. Cette rapidité, dans certaines situations, peut nuire à la protection de l'internaute, d'où l'instauration du « double clic ». Par contre dans d'autres situations, il n'y a pas nécessité d'atténuer la rapidité, dans la mesure où la liberté des parties admet cette rapidité dans la conclusion de contrat entre professionnels, et aussi dans la mesure où le moyen utilisé pour conclure le contrat, à savoir le courrier électronique, réduit l'aspect instantané et dynamique.

624. D'une part, il y a nécessité d'atténuer la rapidité à travers l'instauration du « double clic ». L'instauration du « double clic » diminue quelque peu l'aspect instantané et dynamique qui caractérise le réseau Internet. Elle restaure quelque peu les avantages des

processus lents de formation des contrats traditionnels⁵⁹⁹. Le destinataire de l'offre, fait sa commande sur le site Internet (premier clic), puis le cybercommerçant la récapitule et le client la confirme, après en avoir relu les termes (deuxième clic). Ce n'est qu'à ce moment que le contrat est formé.

Pour monsieur le Professeur Jérôme HUET, la consécration de ce nouveau mode se rapproche des achats effectués dans un grand magasin en ces termes : « *Les choses se déroulent un peu comme dans le monde réel : on est proche de ce qui se passe dans un supermarché où, dans un premier temps, le client met des produits dans un caddie et, dans un second temps, le client confirme la totalité de sa liste d'achats lors du passage à la caisse* »⁶⁰⁰. Sur de nombreux sites Internet, le rapprochement est franchement opéré par des icônes, qui représentent un chariot stylisé : « votre panier ». C'est le ralentissement de la formation du contrat dans le but de faire réfléchir les partenaires à travers une formation graduelle du contrat, qui permet de ne pas s'engager trop vite⁶⁰¹.

625. D'autre part, il n'y a pas nécessité d'atténuer la rapidité, parce qu'il n'y a pas véritablement de rapidité dans le cas des contrats conclus par courrier électronique où l'instantanéité est moins accentuée, ou parce que les usages exigent la rapidité dans les contrats entre professionnels.

D'abord, il est fait exception à l'instauration du clic dans les contrats conclus par courrier électronique, car la rapidité est déjà atténuée. Ces contrats se rapprochent des contrats par correspondance classiques. Certes, le contrat peut être conclu le même jour, mais les parties contractantes disposent du temps pour réfléchir. La conclusion n'est pas faite de manière instantanée. Il existe des fois des délais parfois longs de conclusion des contrats qui se rapprochent des contrats traditionnels. Il ressort de cela que l'instantanéité est moins accentuée dans les contrats conclus par courrier électronique comparativement à ceux conclus sur le site Internet. C'est pour cette raison que l'article 1369-6 alinéa 1 du Code civil affirme que : « *Il est fait exception aux obligations visées aux 1° et 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestations de services qui sont conclus exclusivement par courrier électronique* ».

Ensuite, il existe des assouplissements du régime visant à atténuer la rapidité dans les contrats entre professionnels. Le contrat du cybercommerçant puise son énergie dans le formalisme

⁵⁹⁹ Yves POUILLET, Contrats électroniques et théorie générale des contrats, in Liber amicorum Lucien Simont, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 467-478

⁶⁰⁰ Jérôme HUET, Vous avez dit « contrat électronique » ?, précité, spéc. p. 558

⁶⁰¹ Pierre-Yves GAUTIER, formation du contrat : un code, deux régimes, Rev. des contrats 2005/4, p. 589-592 ; Mustapha MEKKI, Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique », Rev. des contrats 2007/3, p. 681-695

qui lui permet de protéger la volonté des cocontractants, tout en préservant les préoccupations de rapidité et de simplicité qui sont celles des réseaux et qui s'imposent dans les contrats entre commerçants. Issue d'une conception classique selon laquelle les contrats conclus entre commerçants doivent obéir à un régime de plus grande liberté que ceux qui mettent en présence au moins une partie non commerçante, cette conception a eu une influence en matière de contrats électroniques. C'est pour cela que l'article 1369-6 alinéa 2 du Code civil, prévoit que : « *Il peut en outre être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° et 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels* ».

626. En somme, l'instauration du « double clic » permet de lutter contre les risques suscités par la dépersonnalisation. Le mécanisme vise à atténuer la rapidité qui caractérise le réseau numérique. Cette rapidité est à l'origine du risque lié à la mauvaise compréhension des conditions de l'offre et du risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique. Il s'est agi de proposer une protection préventive à travers le système du « double clic » qui permet aussi de garantir l'intégrité du consentement.

B- L'intégrité du consentement

627. La conclusion des contrats sur Internet facilite les risques qui peuvent vicier le consentement. Le souci de protéger les contractants contre un acte non réfléchi, mais aussi contre des risques de fausses manipulations, favorisés par la facilité et la rapidité de la conclusion des contrats dans l'univers du cybercommerçant, a amené le législateur à établir une formalité de protection du consentement en adaptant les règles existantes. Cette formalité de protection est définie à l'article 1369-5, alinéa 1^{er} du Code civil en ces termes : « *Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation* ». La chronologie est dictée : vérifier, corriger et confirmer. Il s'est agi pour le législateur d'instaurer le « double clic » afin de lutter contre les risques liés à l'utilisation du support électronique. Le « double clic » ne supprime pas ces risques, mais les réduit en permettant d'une part la vérification du détail de la commande et du prix, et d'autre part, la correction d'éventuelles erreurs.

628. Dans un premier temps, l'instauration du « double clic » permet la vérification du détail de la commande et du prix, en vue de garantir l'intégrité du consentement. L'article 1369-5, alinéa 1^{er} du Code civil, insiste sur l'information qui doit être donnée au consommateur à propos des différentes étapes de la passation de la commande. Le cybercommerçant doit s'assurer que les étapes de formation du contrat électronique telles qu'il les impose par les programmes qu'il met en place, permettent effectivement un consentement complet et réellement informé. Le système informatique du cybercommerçant est configuré de telle sorte que chaque opération contractuelle donne naissance à un récapitulatif qui est envoyé au cocontractant. Cela va se traduire sur le site Internet, par plusieurs pages de formulaires qui doivent être validées par le cocontractant à travers des saisies de données et un clic, avec un formulaire récapitulatif. Le fait pour l'internaute de relire ses informations et de les confirmer à chaque fois permet de lui faire prendre conscience du contrat qu'il est en train de conclure. La multiplication des étapes dans la manifestation du consentement participe à la mise en garde du cocontractant, pour un consentement éclairé. Le formalisme permet d'accompagner la volonté et de satisfaire à l'exigence de sécurité contractuelle, nécessaire au développement du commerce électronique. Les contrats dans l'univers du cybercommerçant reposent sur la confiance des acteurs dans le système qui gouverne les étapes de conclusion du contrat. C'est donc un système qui a au fond le mérite d'éliminer au maximum des sources de remise en cause *a posteriori*, de la demande de nullité ou de résolution au premier chef, d'un consentement trop vite donné⁶⁰².

629. Dans un deuxième temps, l'instauration du double clic permet de corriger les erreurs en vue de garantir l'intégrité du consentement. L'article 1369-5, alinéa 1^{er} du Code civil, oblige à insérer dans le processus un mécanisme de correction des erreurs. Parce qu'il peut faire des erreurs, qui est celui de la « commande », l'internaute aura ainsi le pouvoir de les corriger au moment de l'acceptation, qui interviendra, par voie de conséquence, nécessairement par une opération distincte de la commande. Il est ainsi prévu que le contrat ne sera valable qu'après confirmation de sa commande par le destinataire de l'offre, s'il a préalablement eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi, que de corriger d'éventuelles erreurs⁶⁰³. Cette méthode est la technique à mettre en œuvre afin de manifester l'acceptation dite « double clic ». La volonté de l'internaute a un prolongement dans le maniement du clavier ou de la souris. L'habileté n'est pas forcément au rendez-vous. La loi craint le risque du clic mal placé ou involontaire. L'inaptitude du premier clic fonde la

⁶⁰² Pierre-Yves GAUTIER, formation du contrat : un code, deux régimes, précité, p. 589-592

⁶⁰³ Anne PENNEAU, Contrat électronique et protection du cybercommerçant, LPA, 13 mai 2004, n° 96, p. 3-12

règle⁶⁰⁴. La correction des erreurs reste possible. Le cocontractant du cybercommerçant a les moyens de se libérer des contraintes des techniques d'acceptation, œuvrant dans le sens d'une plus grande certitude du consentement exprimé. Cela constitue un moyen de lutter contre les vices du consentement qui peuvent être facilités par l'interactivité du réseau.

630. Pour conclure la section 1, nous pouvons dire que l'application des exigences classiques au fond du contrat impose l'adaptation des règles existantes. Cette adaptation des règles est nécessaire pour que le contrat soit formé à travers la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Si le droit français exige que la volonté soit extériorisée, il n'impose pas qu'elle revête une forme particulière. Toutefois, dans l'univers du cybercommerçant, les modalités pratiques de l'offre et de l'acceptation constituent une spécificité liée au support électronique. Il a été nécessaire de reconnaître légalement les éléments techniques résultant de l'utilisation du support électronique pour l'expression des volontés à savoir le site Internet, le courrier électronique et le « clic ». En outre, l'utilisation du support électronique facilite les risques pouvant vicier le consentement. Aussi, l'exigence du « double clic » témoigne de la volonté du législateur de protéger le cyberclient contre un acte non réfléchi et contre les risques de fausses manipulations favorisés par la facilité et la rapidité de la conclusion des contrats sur Internet.

Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut adapter les règles relatives au consentement à l'univers du cybercommerçant. En revanche, en ce qui concerne, les autres conditions de validité du contrat, il faut faire une application pure et simple des règles existantes.

⁶⁰⁴ David NOGUERO, L'acceptation dans le contrat électronique, in *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique : Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial*, (Etudes réunies par Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE), LGDJ 2005, p. 52

Section 2 : L'application pure et simple des règles existantes

631. Les exigences classiques au fond du contrat ne se limitent pas au consentement. Il existe d'autres exigences du Code civil relatives à la capacité, à l'objet et à la cause qui doivent être respectées pour former un contrat valable. Pour l'ensemble de ces exigences, dans certaines situations, la dépersonnalisation va faciliter les risques existant dans les contrats entre présents sans remettre en cause l'application des règles du Code civil, et dans d'autres situations par contre, la dépersonnalisation aura un véritable impact sur l'application des dispositions du Code civil.

L'indifférence de la dépersonnalisation réside dans le fait que le Code civil a les moyens pour résoudre les problèmes qui existaient déjà avant l'avènement du commerce électronique, mais qui sont toutefois facilités par la dépersonnalisation. Une application pure et simple des règles du Code civil semblait plus raisonnablement envisageable sur les questions de capacité, de cause et d'objet du contrat, compte tenu de l'indifférence de la dépersonnalisation.

Toutefois, les dispositions du Code civil n'arrivent pas tout le temps à trouver des réponses aux questions que suscite la dépersonnalisation. La dépersonnalisation aura une influence sur l'application des règles du Code civil. Ces questions concernent d'une part, le moment et le lieu de formation du contrat, et d'autre part, l'impossibilité de voir les produits et le cocontractant, d'où le problème d'identification des parties contractantes et des produits. Or, ces problèmes avaient déjà été posés par le Code de la consommation et les règles de droit international privé. Alors, loin de créer des dispositions spécifiques, ou d'adapter les règles existantes, il semblait aisé de trouver encore les solutions dans les règles qui régissent les contrats à distance, élaborées avant l'avènement du commerce électronique.

Il ressort de cela que la neutralisation de la dépersonnalisation se réalise à travers l'application pure et simple des règles existantes. Cette application pure et simple des règles existantes se manifeste d'une part, par l'application des dispositions du Code civil en cas d'indifférence de la dépersonnalisation (Paragraphe 1) ; et d'autre part, pour trouver des solutions aux difficultés non résolues par le Code civil, il s'est agi de se tourner vers l'application des règles relatives aux contrats à distance en cas d'influence réelle de la dépersonnalisation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- L'indifférence de la dépersonnalisation

632. La dépersonnalisation facilite aisément les causes de nullité du contrat compte-tenu de l'absence de présence physique des parties, en ce qui concerne les autres exigences de fond régies par le Code civil que sont la capacité, la cause et l'objet. Toutefois, elle ne crée pas de risques nouveaux, justifiant l'élaboration de règles spécifiques ou simplement l'adaptation des règles existantes. D'abord, les problèmes posés dans l'environnement du cybercommerçant étant identiques à ceux des contrats entre personnes présentes, il faut se référer aux règles du Code civil, à travers leur application pure et simple pour trouver des solutions, d'où l'indifférence de la dépersonnalisation. Ensuite, le caractère général des règles du Code civil permet aisément leur application dans l'univers du cybercommerçant. Ainsi, le contrat du cybercommerçant comme tout autre contrat ne se forme valablement que si son contenu satisfait à certaines exigences relatives à la capacité des parties contractantes (I) et aux autres conditions de fond que sont la cause et l'objet du contrat (II).

I- La capacité des parties contractantes

633. L'état et la capacité relèvent du statut personnel de l'individu et sont soumis à ce titre en France, selon l'article 3, alinéa 3, du Code civil, à sa loi nationale. En principe, toute personne majeure peut contracter, car elle dispose d'une pleine capacité. Toutefois, le mineur non émancipé et le majeur incapable doivent être représentés ou assistés lors de la conclusion du contrat. L'incapacité est une cause de nullité du contrat. Le caractère général de ces règles permet leur application dans l'univers numérique. Il est cependant difficile pour le cybercommerçant de s'assurer que son cocontractant satisfait les critères requis pour conclure le contrat. Le professionnel du commerce électronique veut éviter de contracter avec des personnes incapables, afin de se prémunir contre une éventuelle contestation ultérieure de l'engagement du cocontractant et ses conséquences sévères en cas d'annulation du contrat. Or, le défaut de présence physique des parties contractantes favorise la présence dans l'univers numérique des personnes n'ayant pas la capacité de contracter. Face à ces risques, les solutions proposées avant l'avènement du commerce électronique, dans le cadre des contrats entre présents, sont efficaces.

Il ressort de cela que, compte-tenu de l'indifférence de la dépersonnalisation, l'application pure et simple des règles existantes s'impose à travers le principe de nullité du contrat pour incapacité (A) et les remèdes du droit commun pour la validité du contrat (B).

A- Le principe de nullité du contrat pour incapacité

634. Selon l'article 1123 du Code civil, « *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Certaines personnes sont considérées comme ayant des facultés de discernement limitées, si bien que l'on craint qu'elles ne concluent des contrats contraires à leurs intérêts. Pour les protéger, on limite leur capacité contractuelle. Ainsi, selon l'article 1124 du Code civil « *sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent Code* ». Dans l'univers du cybercommerçant, compte-tenu de la dépersonnalisation marquée par le défaut de présence physique des parties, il est très difficile d'être certain de l'âge ou de la plénitude des facultés mentales de son cocontractant. D'une part, le contrat du cybercommerçant est susceptible d'être annulé s'il est souscrit par une personne incapable juridiquement. D'autre part, le fait pour le cybercommerçant d'avoir recours à des structures intermédiaires certifiant la majorité ou de faire remplir par son cocontractant un questionnaire précisant son âge ou son statut, ne saurait constituer une parade efficace.

635. Dans un premier temps, les personnes incapables peuvent se retrouver facilement sur Internet et conclure des contrats avec le cybercommerçant. Toutefois ces contrats sont en principe sanctionnés par la nullité relative. Les personnes incapables sont constitués des mineurs et des majeurs incapables.

Les mineurs sont privés de la possibilité de se lier par contrat. Toutefois, sur Internet, divers sont les biens ou services qui suscitent l'intérêt des jeunes internautes : les livres, DVD, matériels informatiques, les sites de paris, loterie et concours en ligne, le téléchargement payant de logiciels, jeux, musique, sonneries de GSM, images, vidéo, etc. ; l'utilisation du téléphone portable pour conclure le contrat et réaliser le paiement : le paiement par SMS ou par appel téléphonique surtaxé⁶⁰⁵. Le principe est que le contrat conclu par le mineur peut se trouver nul pour cause d'incapacité. L'incapacité ne concerne pas les mineurs émancipés qui ont été affranchis de l'autorité parentale et deviennent dès lors capables, comme les majeurs, pour tous les actes de la vie civile, aux termes des dispositions de l'article 413-6 du Code civil. L'émancipation est possible dès l'âge de 16 ans révolus selon l'article 413-2 du Code civil et, elle a lieu de plein droit par le mariage selon l'article 413-1 du Code civil. Il s'agit d'une incapacité d'exercice qui empêche les mineurs de contracter de façon autonome mais ne

⁶⁰⁵ Marie DEMOULIN, Les contrats conclus par les mineurs sur Internet, in Les pratiques du commerce électronique, Cahiers du CRID, n° 30, Bruylant, Bruxelles 2007, p. 53-93, spéc. p. 55-56

les empêche pas d'acquérir certains droits par contrat. Les mineurs seront alors représentés dans tous les actes civils par leur représentant légal (les parents ou le tuteur légal)⁶⁰⁶.

Dans la catégorie des majeurs incapables, il faut distinguer les majeurs sous régime légale de protection et les majeurs sous l'empire d'un trouble mental. Les majeurs sous régime légale de protection sont constitués des majeurs sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice. La tutelle est ouverte quand un majeur a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile (article 440 du Code civil). La curatelle est ouverte lorsqu'un majeur, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être assisté ou contrôlé d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile. Le curateur l'assiste pour tous ces actes. La personne placée sous sauvegarde de justice a besoin d'une protection juridique temporaire (article 433 du Code civil). Elle conserve l'exercice de ses droits, mais elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné ; en outre, les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès (article 435 du Code civil). La notion de majeurs sous l'empire d'un trouble mental est du fait de la jurisprudence qui retient que même en l'absence de régime légal de protection, un acte peut être annulé pour trouble mental au moment de l'acte, en mettant en application l'article 414 du Code civil : « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* ». L'acte sera cependant valable s'il a été conclu pendant un intervalle de lucidité⁶⁰⁷.

636. Dans un deuxième temps, face à ce risque de nullité du contrat pour incapacité, les professionnels du commerce électronique exigent que le cocontractant remplisse un formulaire en précisant son âge. En outre, certains professionnels de l'univers numérique se sont équipés de systèmes permettant d'identifier l'âge des visiteurs de leurs sites. Ces systèmes fonctionnent souvent par le biais d'une structure intermédiaire (Adultcheck, Adultsign, etc) qui demande au client la délivrance d'une preuve de majorité, le plus souvent par la fourniture du numéro d'une carte de crédit. En retour, le client reçoit un numéro d'identification et un mot de passe qu'il pourra utiliser pour ouvrir les pages d'un site dont le contenu pourrait être préjudiciable au mineur⁶⁰⁸.

Toutefois, ce système présente des failles. D'abord, la simple délivrance d'un numéro de carte de crédit n'est pas une condition suffisante pour s'assurer de la majorité d'un cocontractant. Nombreux sont les cas de piratage des numéros de cartes bancaires. Il est facile d'utiliser une

⁶⁰⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral, Coll. Thémis droit, 3^e éd. PUF, 2012, précité, p. 309 et s.

⁶⁰⁷ Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, précité, p. 310

⁶⁰⁸ Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, Article précité

carte bancaire appartenant à quelqu'un d'autre, dans la mesure où la détention matérielle de la carte n'est généralement pas nécessaire pour procéder à un paiement en ligne : la simple connaissance des données qui y figurent est souvent suffisante. Ensuite, les cybercommerçants ne veulent pas alourdir les procédures d'acceptation qui en elles-mêmes exigent souvent la délivrance d'un numéro de carte de crédit pour effectuer le paiement d'une commande⁶⁰⁹. Enfin, le fait pour le mineur d'avoir dissimulé ou menti sur son âge ne le prive pas de la possibilité de demander la nullité du contrat. La clause contractuelle visant à s'informer sur la capacité du cocontractant peut être sans effet. En effet, la déclaration de majorité par le mineur n'engage pas sa responsabilité et ne l'empêche pas d'agir en nullité de son acte. Cela est affirmé par l'article 1307 du Code civil en ces termes : « *La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution* ».

637. En somme, les mineurs non émancipés et les majeurs incapables sont aussi présents dans le commerce électronique, comme ils le sont dans le commerce traditionnel. Et de ce fait, le risque existe qu'ils concluent des contrats. Du point de vue du cybercommerçant, la situation n'est guère plus maîtrisable. Étant donné la distance qui sépare les parties et en l'état actuel de la technique, le cocontractant le plus diligent est dans l'impossibilité de savoir qu'il contracte avec un mineur si ce dernier dissimule ou falsifie son âge ou qu'il contracte avec un majeur incapable. Il ressort de cela que le contrat passé avec un incapable est sanctionné par la nullité. Toutefois, il existe des remèdes issus du droit commun qui permettent de valider le contrat.

B- Les remèdes du droit commun pour la validité du contrat

638. La nature du réseau Internet marquée par la dépersonnalisation, fait qu'il est difficile de contrôler la capacité du cocontractant du cybercommerçant. Toutefois, les solutions du commerce traditionnel dérogeant au principe de nullité sont efficaces dans l'univers numérique. Cette efficacité montre l'indifférence de la dépersonnalisation. Le caractère général des règles existantes, permet leur application dans l'univers numérique afin de trouver des remèdes à la nullité pour incapacité. Ainsi, le cybercommerçant pour maintenir

⁶⁰⁹ Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, Article précité

le contrat, pourra invoquer d'une part, des solutions légales émanant des dispositions du Code civil, et d'autre part, des solutions jurisprudentielles.

639. Dans un premier temps, la solution légale pour valider les contrats conclus par des incapables, est le recours aux actes de la vie courante et aux actes d'administration ; réserve faite toutefois, d'un prix lésionnaire permettant au mineur non émancipé et au majeur incapable d'agir en rescision⁶¹⁰. La notion d'actes de la vie courante, n'a pas été définie par la loi. Selon la jurisprudence, peuvent être regardés comme autorisés par l'usage, la conclusion de certains actes de la vie courante. Elle cite de ce fait les actes conservatoires et les actes d'administration. Les actes d'administration ont été définis par l'article 1 du Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil⁶¹¹, en ces termes : « *Constituent des actes d'administration, les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal* ». Ce même Décret en son article 2 définit aussi les actes de disposition : « *Constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire* »

Ainsi, les mineurs non émancipés et les majeurs incapables peuvent conclure des contrats entrant dans le cadre des actes de la vie courante qui sont des actes permis par l'usage et des actes d'administration qui sont des actes autorisés par la loi.

D'une part, le mineur non émancipé peut accomplir les actes de la vie courante, et des actes d'administration. Si le mineur de dix-huit ans est déclaré incapable, l'article 450, alinéa 1 du Code civil admet que celui-ci peut être autorisé par la loi ou l'usage à passer seul certains contrats, parmi lesquels figurent les achats de biens de grande consommation, ou le recours à des services pour un prix dont le montant est parfaitement raisonnable.

D'autre part, le majeur incapable a la possibilité de conclure seul les actes de la vie courante et les actes d'administration. L'illustration est donnée par la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 3 juin 1980 qui a affirmé que « *Le principe posé à l'article 502 du Code civil, de l'incapacité complète du majeur, ne fait pas obstacle à ce que, par application des dispositions combinées des articles 450 et 495 du même Code, celui-ci*

⁶¹⁰ Voir *infra* n° 643 relatif à l'objet du contrat

⁶¹¹ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, JORF n° 0304 du 31 déc. 2008, p. 20631, texte n° 94

*puisse valablement accomplir certains actes de la vie courante pouvant être regardés comme autorisés par l'usage »*⁶¹².

640. Dans un deuxième temps, il existe des solutions jurisprudentielles en faveur du maintien du contrat qui sont l'excuse d'ignorance légitime, et le mandat tacite des parents. D'abord, l'excuse d'ignorance légitime dans le cadre des contrats internationaux permet le maintien du contrat. La capacité n'étant pas facilement vérifiable lorsqu'il s'agit d'engagements contractés en France entre français et étrangers, le cocontractant d'une personne étrangère incapable selon sa loi nationale, bénéficie donc d'une excuse d'ignorance de cette loi. La solution a été trouvée par la jurisprudence dans l'affaire Lizardi bien avant l'avènement du commerce électronique dans les contrats internationaux. En effet, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 16 janvier 1861 a affirmé : *« que le français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile ; qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi »*⁶¹³. Donc, la jurisprudence Lizardi met en évidence la théorie de l'apparence, à travers l'excuse d'ignorance légitime qui peut s'appliquer aussi au cybercommerçant. Le cybercommerçant n'a pas la possibilité de procéder à des investigations. Et, il se contente de ce fait des informations que lui fournit l'internaute. Cette théorie pourrait s'appliquer au cybercommerçant si ce dernier est de bonne foi dans le but de valider les contrats conclus avec les incapables. Le juge pourra rechercher la bonne foi en tenant compte de l'importance de l'acte. Plus l'acte est grave, moins la bonne foi est probable. C'est la raison pour laquelle cette solution ne peut s'appliquer que dans les actes de la vie courante et les actes d'administration. Dès lors que l'opération revêt une certaine importance, ce serait faire preuve d'imprudence de ne pas se renseigner sur la capacité du cocontractant.

Ensuite, la théorie du mandat tacite des parents peut être une solution à la validité des contrats conclus avec les mineurs. La jurisprudence emploie également la notion de mandat tacite pour valider un contrat conclu par un mineur selon laquelle le mineur est considéré comme mandataire de ses parents. Cette notion est prévue à l'article 1990 du Code civil aux termes

⁶¹² Cass 1^{re} civ., 3 juin 1980, Bull. civ. 1980, I, n° 172 ; Défrenois 1981, art. 32599, p. 380, note J. Massip ; Jean-Claude MONTANIER, Les actes de la vie courante en matière d'incapacité, JCP G 1982, I, 3076 ; Voir Jean-Marie PLAZY, Les actes juridiques des majeurs protégés, in Mélanges Jean Hauser, LexisNexis-Dalloz 2012, 549

⁶¹³ Voir Req. 16 janv. 1861 : B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, éd. Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 5, p. 34-40 ; D.P. 1861. 1. 193 ; S. 1861. 1. 305, note Massé

duquel « *Un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs* ». Il a été jugé que le vendeur par correspondance de biens de faible valeur, destinés aux enfants peut invoquer, en cas de commande passée par un mineur, un mandat apparent, tacite et oral des parents de celui-ci. Les juges ont justifié leur décision par le fait que dans le cadre familial, le mandat donné par l'adulte au mineur, mandat à la fois apparent, tacite et oral, est présumé, ce qui dispense le commerçant, en l'espèce vendeur par correspondance de livres, de la prouver, en fonction de différentes considérations, à savoir l'existence d'un lien de parenté, la faible importance de l'opération et la nature des objets⁶¹⁴. Le mandat peut être attribué à un mineur. La raison pour laquelle un incapable peut être valablement désigné comme mandataire est qu'en droit, ce n'est pas le mandataire qui contracte, mais le mandant. Dès lors la capacité du mandataire est indifférente. Cette solution peut s'appliquer dans l'univers numérique.

641. En définitive, la capacité des parties contractantes est une condition de validité du contrat. Dans l'univers du cybercommerçant, la dépersonnalisation facilite les risques de nullité du contrat pour incapacité, sans pour autant en créer de nouveaux risques. Toutefois, les règles existantes demeurent efficaces pour admettre la nullité de principe pour incapacité et les remèdes pour la validité du contrat. Il faut reconnaître qu'en pratique, les demandes en nullité pour incapacité sont relativement rares. Les faibles enjeux financiers du contrat font que, la nullité de l'acte qui doit être demandée devant une juridiction, ne pourra se faire, eu égard aux coûts qu'une telle procédure judiciaire pourrait engendrer⁶¹⁵. Les cybercommerçants se soucient très rarement de la capacité de leurs cocontractants, dès lors que la vente effectuée, les risques d'action en nullité du contrat restent minimes. Aussi, il existe des remèdes issus du droit commun qui permettent de valider le contrat conclu avec un incapable. L'indifférence de la dépersonnalisation autorise l'application pure et simple dans l'univers numérique des règles relatives à la capacité des parties contractantes. Il en est de même des autres conditions de fond.

⁶¹⁴ TI Nîmes, 29 juin 1982, D. 1983. 13, note F.-J. Pansier ; Christine LAZERGES, Les mandats tacites, RTD Civ. 1975, 222, n°12

⁶¹⁵ Le recours au mode alternatif des règlements des litiges peut être proposé. Il fera l'objet du Chapitre 2 : Voir *infra* n° 807 et s.

II- Les autres conditions de fond

642. Les autres conditions de fond pour la validité du contrat concernent l'objet et la cause du contrat. La dépersonnalisation, sans créer de nouveaux risques, facilite les risques traditionnels de nullité du contrat. Pour neutraliser ces risques, il faut avoir recours aux dispositions du Code civil relatives à l'objet et à la cause du contrat. Bien qu'ayant été rédigées avant l'avènement du commerce électronique, le caractère général de ces règles, permet d'y inclure les contrats du cybercommerçant. La raison est que d'abord, les textes ne font aucune distinction quant au support utilisé pour conclure le contrat. Ensuite, ils ne mettent pas en relief le défaut de présence physique des contractants. La dépersonnalisation n'a donc aucun impact sur l'application des règles relatives à l'objet et à la cause du contrat. Il ressort de cela que l'indifférence de la dépersonnalisation permet l'application pure et simple des règles existantes aux contrats du cybercommerçant. La validité du contrat dans le commerce électronique, comme dans le commerce traditionnel, est soumise aux exigences relatives à l'objet (A) et à la cause du contrat (B).

A- L'objet du contrat

643. La validité du contrat est soumise à l'article 1108 du Code civil qui exige un « *objet certain qui forme la matière de l'engagement* ». Des professionnels du commerce électronique peuvent profiter de la dépersonnalisation pour s'adonner à un commerce illicite. Cette illicéité peut revêtir plusieurs formes, telles qu'une offre proposant des choses hors du commerce, ou plus largement un contenu contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Toutefois, cette question n'a rien de spécifique au commerce électronique, et les règles du Code civil ont trouvé des remèdes. La dépersonnalisation n'a pas d'impact sur les règles qui demeurent efficaces dans l'univers du cybercommerçant. La neutralité des règles relatives à l'objet du contrat permet leur application dans l'univers du cybercommerçant. Ces règles concernent l'existence de l'objet et la valeur de l'objet du contrat.

644. En premier lieu, le caractère général des règles relatives à l'existence de l'objet permet leur application aux contrats du cybercommerçant. L'existence de l'objet implique un objet déterminé et un objet licite. La sanction en cas de violation est la nullité du contrat. Le contrat du professionnel du commerce électronique, pour être valable doit avoir un objet déterminé et licite.

La détermination de l'objet est régie par l'article 1129 du Code civil en ces termes : « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». Dans le commerce électronique, comme dans le commerce traditionnel, il existe des biens et services. S'il s'agit d'une chose de genre, il suffit que son espèce (telle qualité, telle provenance, telle marque, ...) soit déterminée. La quantité des choses dues peut être indéterminée, pourvu qu'elle soit déterminable.

La licéité de l'objet est régie par l'article 1128 du Code civil en ces termes : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Les contrats portant sur choses qui ne sont pas dans le commerce sont frappées de nullité absolue tant dans le commerce traditionnel que dans le commerce électronique. Ainsi, la nullité va concerner les contrats portant sur des marchandises contrefaites⁶¹⁶, sur le corps humain (en raison de son caractère presque sacré), etc., et, les contrats conclus dans l'exercice illicite d'une activité⁶¹⁷.

645. En deuxième lieu, le caractère général des règles relatives à la valeur de l'objet permet leur application aux contrats du commerçant de l'univers numérique. Dans les contrats à titre onéreux, la valeur de l'objet est prise en compte pour décider de la validité du contrat. Les règles relatives à la valeur de l'objet porte sur la lésion. La lésion résulte pour l'une des parties à un contrat, d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent. Le principe est que la lésion n'entraîne pas la nullité du contrat. Toutefois, cette règle n'étant pas absolue, l'article 1118 du Code civil apporte une exception en affirmant que : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section* ». D'abord, cette exception vise certaines personnes : les mineurs non émancipés et les majeurs incapables. Pour le mineur, cette exception est régie par l'article 1305 du Code civil en ces termes : « *La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions* » ; et pour les majeurs incapables, par l'article 465 du Code civil : « *... Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en*

⁶¹⁶ Cass. com. 24 sept. 2003, Sté CCP c/ Sté Ginger, CCE mars 2004, comm. 32 p. 35, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2003, p. 703, obs. J. Mestres et B. Fages ; D. 2003, p. 2683, note C. Caron : La Cour de cassation sous le visa des articles 1128 et 1598 du Code civil affirme que « *la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente* ». Ainsi sans qu'il ne soit besoin de passer par les vices du consentement qui nécessitent d'apprécier la bonne foi respective des parties, la Cour de cassation retient que les marchandises contrefaites sont soustraites du commerce juridique sur le fondement de l'illicéité de l'objet de l'article 1128 du Code civil, avec pour conséquence la nullité absolue

⁶¹⁷ L'illicéité de l'objet dans le cadre des activités interdites, a été développée dans la première partie de la thèse : Voir *supra* n° 279 et s.

rescision ou en réduction... ». La rescision est une nullité exceptionnelle prononcée pour lésion ; toutefois, le bénéficiaire de la lésion peut couvrir le vice en réparant la lésion. Il s'agit du « rachat de la lésion ». Ensuite, l'exception concerne certains contrats comme le partage dans le cas de la lésion de plus du quart (article 889 du Code civil), la vente d'immeuble dans le cas de la lésion de plus des sept douzièmes (article 1674 du Code civil), le prêt à intérêt (article L. 313-3 du Code de la consommation), etc.

646. En somme, la dépersonnalisation ne crée pas de risques nouveaux relatifs à l'objet du contrat. Toutefois, elle facilite dans l'univers numérique les risques existant dans le commerce traditionnel. En dépit de tout cela, des solutions permettent de lutter efficacement contre ces risques. Ces solutions proviennent des règles existantes. Ces règles sont relatives à l'existence de l'objet et à la valeur de l'objet du contrat et leur violation est sanctionnée par la nullité. Les règles relatives à l'objet du contrat étant neutres à l'égard du support utilisé pour conclure le contrat, il s'agit alors de faire une application pure et simple de ces règles dans l'univers du cybercommerçant. Il en est de même des règles concernant la cause du contrat.

B- La cause du contrat

647. L'article 1108 du Code civil subordonne la validité du contrat à l'existence d'une « *cause licite dans l'obligation* ». Les cybercommerçants peuvent profiter de la dépersonnalisation pour conclure des contrats dont la cause est illicite. Cependant, ce problème n'est pas particulier au commerce électronique, et touche tout le commerce en général. Aussi, pour résoudre ce problème, les règles du Code civil relatives à la cause du contrat, ont trouvé des solutions. La dépersonnalisation est sans influence sur l'efficacité de ces règles dans l'univers du cybercommerçant. Le caractère général des règles relatives à la cause du contrat permet leur application dans l'univers du cybercommerçant. Ces règles concernent d'une part, la protection de l'intérêt particulier de la partie contractante à travers l'existence d'une cause, et d'autre part, la protection de l'intérêt général à travers la licéité de la cause.

648. Dans un premier temps, pour que le contrat soit valable, il faut qu'il existe une cause. Même si la cause n'est pas exprimée, le contrat est valable. Cela est traduit à l'article 1132 du Code civil en ces termes : « *La convention n'est pas moins valable, quoique la cause*

n'en soit pas exprimée ». Il suffit simplement que l'obligation ait une contrepartie. L'existence de la cause ne met en jeu que l'intérêt particulier du débiteur. Sa méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative. Il s'agit de protéger l'intérêt particulier de la partie contractante. A cet égard, l'article 1131 du Code civil prévoit deux contrôles proches l'un de l'autre : celui de l'absence de cause et celui de la fausse cause en ces termes : « *L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Chaque fois qu'une personne s'engage à rémunérer un service ou un droit qui n'existe pas, son obligation manque de cause, elle n'a pas de fondement juridique. La nullité pour absence de cause traduit l'interdépendance des obligations contractuelles : l'absence de l'une entraîne la disparition de l'obligation réciproque⁶¹⁸. La cause joue ici un rôle de protection individuelle : protection de l'un des contractants contre l'autre. Elle est un instrument d'équité, permettant de délier de son engagement celui qui ne l'avait pris qu'en vue d'obtenir un résultat qui s'avère inaccessible⁶¹⁹. Cette règle s'applique aisément dans l'univers du cybercommerçant, compte tenu de son caractère général.

649. Dans un deuxième temps, pour que le contrat soit valable, il faut que la cause soit licite. La licéité de la cause est définie par l'article 1133 du Code civil en ces termes : « *La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». L'illicéité ne résulte pas nécessairement de la violation d'un texte de loi, elle concerne aussi l'ordre public et les bonnes mœurs. Il s'agit ici de rechercher les motifs ou mobiles qui ont déterminé les parties à contracter. Le contrôle de la licéité de la cause permet de vérifier ce que la jurisprudence⁶²⁰ appelle « la cause impulsive et déterminante », c'est-à-dire le motif déterminant. Il faut voir si les motifs sont illicites⁶²¹. Il n'est pas nécessaire que ce motif illicite soit commun aux deux parties, c'est-à-dire qu'il soit voulu par l'un et connu par l'autre. La cause est donc devenue un moyen de contrôler l'usage que font les parties de leur liberté contractuelle : un instrument de moralisation du contrat⁶²². Ces règles ayant un caractère général, sont appliquées à tous les contrats. Par conséquent, les contrats du cybercommerçant ne sauraient en être exclus.

⁶¹⁸ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 6^e éd., L.G.D.J., précité, n° 632 et s., p. 306 et s.

⁶¹⁹ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, Droit civil. Les obligations : L'acte juridique, précité, n° 262, p. 254 et s.

⁶²⁰ Civ. 1^{re}, 24 juin 1970, Bull. civ. I, n° 223, Defrénois 1971, art. 29941, p. 1054, obs. Aubert

⁶²¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 6^e éd., L.G.D.J., précité, n° 626 et s., p. 310 et s.

⁶²² Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, Droit civil. Les obligations : L'acte juridique, précité, n° 265, p. 259

650. Pour résumer ce paragraphe 1, nous pouvons soutenir que la validité du contrat, en plus du consentement, est soumise aux règles relatives à la capacité, à la cause et à l'objet du contrat. Or, il existe des risques qui peuvent affecter la validité du contrat. Aussi, la dépersonnalisation ne fait que faciliter dans l'univers numérique, ces risques connus déjà dans le commerce traditionnel, sans en créer de nouveaux. C'est pour cela que le Code civil propose des remèdes pour résoudre les problèmes posés. Ainsi, les dispositions du Code civil peuvent aisément être transposées dans l'univers numérique compte tenu de leur caractère général. Il ressort de cela que l'indifférence de la dépersonnalisation permet l'application des règles existantes qui demeurent efficaces pour régir les risques liés à la capacité des parties contractantes, à l'objet et à la cause du contrat. Si la théorie générale des contrats, déjà très complète en matière de protection des parties contractantes, s'applique à la formation des contrats du cybercommerçant, les spécificités de ces contrats marquées par la dépersonnalisation, montre dans certaines situations, les limites des dispositions du Code civil, d'où l'influence de la dépersonnalisation.

Paragraphe 2- L'influence de la dépersonnalisation

651. L'application des textes du Code civil dans l'univers numérique permet de résoudre des problèmes qui existaient avant l'avènement du commerce électronique, mais facilités par la dépersonnalisation. Toutefois, certaines difficultés demeurent et les règles du Code civil n'ont pas prévu de réponses à ces interrogations. Il s'avère que ces questions sont dues à la dépersonnalisation. Elles montrent l'influence que la dépersonnalisation manifestée par l'absence des parties et l'utilisation d'un moyen de communication à distance, peut avoir sur l'application des dispositions du Code civil. Quand le contrat est conclu en présence des parties, par des paroles, des écrits et des gestes, la rencontre des volontés est facilement identifiable. Or, ce n'est pas le cas pour le contrat du cybercommerçant. Et c'est justement parce qu'il y a défaut de présence physique et utilisation d'un moyen de communication à distance qu'est Internet, qu'il suscite des interrogations. Ces questions concernent d'une part, le moment et le lieu de formation du contrat, et d'autre part, l'impossibilité de voir les produits et le cocontractant, d'où le problème d'identification des parties contractantes et surtout des produits. Or, ces préoccupations sont celles des contrats à distance qui sont aussi apparus avant le commerce électronique. Face à ces problèmes, le législateur a proposé des solutions à travers les dispositions du Code de la consommation et les règles du droit

international privé qui s'appliquent aisément dans l'univers numérique. Alors, loin de créer des dispositions spécifiques, ou d'adapter les règles existantes, il faut appliquer simplement au contrat du cybercommerçant, les règles régissant les contrats à distance.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut intégrer le contrat du cybercommerçant dans la catégorie des contrats à distance (I) afin de lui appliquer le régime des contrats à distance (II).

I- L'intégration dans la catégorie des contrats à distance

652. L'intégration du contrat du cybercommerçant dans la catégorie des contrats à distance permet de neutraliser la dépersonnalisation. Cette intégration est rendue possible à travers les définitions du contrat à distance données par les textes. La Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, en son article 2, définit le contrat à distance comme : *« Tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment où le contrat est conclu »*. Cette disposition est transposée en droit français, à l'article L. 121-16 du Code de la consommation : *« Tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat »*.

Il ressort de la définition du contrat à distance, deux critères : le défaut de présence physique simultanée des parties et l'utilisation des techniques de communication à distance. Les contrats du cybercommerçant peuvent être intégrés dans la catégorie des contrats à distance, car ils obéissent à ces deux exigences (A). En outre, cette intégration des contrats du cybercommerçant dans la catégorie des contrats à distance est confirmée par la législation relative au commerce électronique (B).

A- Le respect des critères du contrat à distance

653. La définition du contrat à distance donnée par les textes qui régissent le contrat à distance, fait ressortir deux conditions. Il y a le défaut de présence physique simultanée des

parties et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. Les contrats de l'univers du cybercommerçant n'échappent pas à ces deux exigences. C'est la raison pour laquelle, ils peuvent être qualifiés de contrat à distance.

654. Dans un premier temps, la qualification de contrat à distance est marquée par le défaut de présence physique simultanée des parties. La présence physique simultanée signifie que les parties contractantes sont localisées dans un même endroit, qu'elles peuvent entendre les informations dès leur émission et qu'elles peuvent se voir. Lorsque ces conditions ne sont pas respectées, c'est le défaut de présence physique simultanée des parties qui se caractérise par l'éloignement géographique des parties contractantes. La volonté est extériorisée par la communication à travers les gestes, les paroles ou les écrits. Mais cette communication n'est pas en mesure de parvenir à son destinataire. Les moyens de communication que sont les paroles, les gestes et les écrits perdent leur efficacité si les parties sont éloignées géographiquement. Le défaut de présence physique simultanée des parties implique d'une part, la rupture de l'unité de lieu, et d'autre part, la rupture de l'unité de temps. Le lieu et le temps ne sont pas communs aux parties qui veulent conclure le contrat⁶²³. Il ressort de cela une impossibilité de rencontre de l'offre et de l'acceptation pour la formation du contrat.

655. Dans un deuxième temps, la qualification de contrat à distance est manifestée par l'utilisation des techniques de communication à distance. L'utilisation des techniques de communication à distance est due au défaut de présence physique simultanée qui constitue un obstacle à la conclusion des contrats. Il faut avoir recours aux techniques de communication à distance. L'utilisation d'un moyen de communication à distance permet de lever l'obstacle. Et elle doit intervenir de ce fait lors de la formation du contrat. La nature des techniques est variée et non limitée, ce qui permet d'ajouter de nouvelles techniques.

D'abord, la technique de communication à distance intervient pour supplanter les obstacles à l'efficacité de la communication en offrant la faculté de « transporter » ces gestes, paroles ou écrits à la connaissance du destinataire de l'information⁶²⁴. Elle prolonge la communication malgré l'éloignement géographique des parties. Dans le cadre des contrats à distance, la technique de communication à distance est utilisée lors de la formation du contrat. Le rôle des techniques de communication à distance est de permettre la conclusion du contrat. C'est pour cela que la loi définit leur intervention à un moment donné c'est-à-dire lors de la formation.

⁶²³ Geoffray BRUNAUX, Le contrat à distance au XXI^e, Thèse Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines 2009, L.G.D.J. 2010, n° 59 et s., p. 47 et s.

⁶²⁴ Geoffray BRUNAUX, Le contrat à distance au XXI^e, Thèse précitée, n° 103, p. 69

Les volontés sont en mesure de se rencontrer et de produire des effets juridiques, grâce à leur manifestation par le biais d'une technique de communication à distance. La technique de communication à distance participe à la rencontre de l'offre et de l'acceptation pour former le contrat.

Ensuite, les textes n'ont pas énuméré les différentes techniques de communication à distance. Cette approche permet de prendre en compte les techniques existantes et les techniques futures. Il ressort de cela qu'il existe une variété des techniques de communication à distance qui évoluent dans le temps. Cela permet d'y inclure le support électronique à travers Internet. C'est ainsi que nous avons les techniques traditionnelles : la lettre missive, Le télégramme, la télécopie, le téléphone, et les techniques empruntant la voie électronique : la télématique, le minitel, et Internet.

Le contrat électronique obéit aux deux exigences posées à savoir le défaut de présence physique simultanée des parties contractantes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. Il est, par conséquent, un contrat à distance. Cette position est consolidée par la jurisprudence. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu expressément dans un arrêt en date du 25 novembre 2010 que le contrat électronique est un contrat à distance⁶²⁵.

656. En somme, le contrat à distance est marqué par l'influence de la dépersonnalisation. De ce fait, le contrat à distance se définit à travers deux exigences. La première exigence est relative au défaut de présence physique simultanée des parties qui constitue un obstacle à la conclusion des contrats. Il est donc nécessaire d'avoir recours à des techniques de communication à distance pour lever l'obstacle. L'utilisation des techniques de communication à distance constitue la deuxième exigence. Le contrat du cybercommerçant obéit aussi à ces deux exigences. Par conséquent, il peut être qualifié de contrat à distance. Aussi, cette qualification de contrat à distance est confirmée par les textes sur le commerce électronique.

⁶²⁵ Cass. 1^{re} Civ., 25 nov. 2010, Bull. civ. I, n° 244 ; JCP E 2011, n° 4, 1054, note G. Brunaux ; Comm. Com. électr. 2011, n° 36, obs. A. Debet ; Gaz. Pal. 2011. 802, Y. Lagorne-Labbe

B- Un contrat à distance confirmé par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

657. Le contrat du cybercommerçant obéit aux critères des contrats à distance établis par les règles existantes. Il se fonde sur le fait qu'il s'agit d'un contrat à distance créé par un recours au support électronique. Dans l'hypothèse des contractants physiquement éloignés, la technique de communication à distance constitue un moyen efficace d'échanger les volontés malgré les obstacles géographiques. Ce contrat est conclu par la rencontre des volontés de personnes éloignées géographiquement mais rapprochées grâce à Internet au sein d'un espace numérique, fruit d'un réseau de relations dématérialisées. Il paraît incontestable que le contrat du cybercommerçant constitue un contrat à distance. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'article 14 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique en ces termes : « *Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ».

La confirmation faite par le texte sur le commerce électronique que le contrat du cybercommerçant est un contrat à distance, permet de mettre en exergue les difficultés posées par la dépersonnalisation. Le contrat à distance impliquant le défaut de présence physique des parties contractantes et l'utilisation d'une technique de communication à distance, est marqué par la dépersonnalisation. Cette dépersonnalisation pose des difficultés communes à tous les contrats à distance, qui peuvent mettre en péril le développement du commerce électronique. Les problèmes sont l'identification des parties contractantes et du produit, d'une part et d'autre part, la détermination du moment et du lieu de formation du contrat.

658. Le premier problème relatif à l'ensemble des contrats à distance, et causée par la dépersonnalisation, concerne l'identification des parties contractantes et du produit.

D'une part, les parties contractantes ne se voient pas et ne se connaissent pas. Il existe de ce fait un déficit de connaissance mutuelle, qui est source de méfiance. Il se pose un problème d'identification des parties contractantes qui constitue un obstacle à la conclusion des contrats.

D'autre part, l'internaute n'a pas de contact matériel avec le produit vendu par le cybercommerçant. Il ne lui est pas possible d'analyser par sa présence physique les biens qu'il entend acheter. L'impossibilité de toucher le bien, d'apprécier matériellement ses caractéristiques, nuit à la bonne perception de la réalité des biens. Cela est un frein à la conclusion du contrat.

659. Le deuxième problème concerne la détermination du lieu et du moment de formation du contrat. D'abord, en raison de l'éloignement géographique des parties contractantes, se pose la question du lieu de formation du contrat. Le lieu de formation du contrat a une influence dans certaines situations en droit international privé, sur la loi compétente pour régir le contrat et sur la juridiction compétente.

Ensuite, l'utilisation d'une technique de communication à distance, soulève la question de la détermination du moment de formation du contrat. En effet, la technique de communication à distance ne transmet pas systématiquement les volontés de façon instantanée. L'émission et la réception de l'acceptation ne sont pas simultanées. Il existe un décalage lié à l'acheminement de l'information. Ce laps de temps d'ordre technique peut être réduit jusqu'à être négligeable (quelques secondes) comme pour le téléphone, mais ne peut être totalement supprimé. La détermination du moment de formation du contrat a des conséquences sur le régime juridique de l'offre : la rétractation de l'offre non assortie d'un délai avant l'acceptation, sa caducité ; sur la loi applicable au contrat lorsque cette dernière vient à changer pendant la période de formation ; et en matière de vente, sur le moment où le transfert des risques s'opère.

660. En définitive, pendant longtemps l'on a assimilé le contrat à distance à la vente par correspondance, seule technique de communication à distance alors connue. Toutefois avec le développement et la diversification des moyens modernes de télécommunication, la catégorie des contrats à distance s'est enrichie. Aujourd'hui, les contrats du cybercommerçant entrent dans la définition des contrats à distance, dont ils constituent une forme particulière. Le contrat du cybercommerçant connaît de ce fait les mêmes difficultés que les autres contrats à distance, marqués par la dépersonnalisation. Pour résoudre ces problèmes qui sont liés à la dépersonnalisation, il faut appliquer au contrat du cybercommerçant le régime des contrats à distance.

II- L'application du régime des contrats à distance

661. Les risques liés à la formation du contrat du commerce électronique sont dus à la dépersonnalisation qui est présente aussi dans les contrats à distance. Or, il existe des règles qui ont permis de trouver des solutions aux problèmes que connaissent les contrats à distance classiques. Ces problèmes étant identiques à ceux posés dans l'univers du cybercommerçant, il est logique de faire une application pure et simple du régime des contrats à distance.

D'abord, les problèmes d'identification des parties contractantes et du produit trouvent des remèdes dans le Code de la consommation, à travers le renforcement de l'obligation d'information et l'obligation de respecter le droit de rétractation. L'information est une condition de transparence du marché et un moyen de susciter la confiance du consommateur pour l'inciter à conclure le contrat. Il doit disposer d'une large information avant de s'engager. En outre, il est libre de retourner le produit si les caractéristiques ne lui conviennent pas. Ainsi, le consommateur bénéficie d'une faculté de rétracter son consentement si lors de la réception du bien tant désiré, rêve et réalité ne concordent pas. Ensuite, les problèmes de détermination du moment et du lieu de formation du contrat trouvent des solutions dans les textes internationaux.

Il ressort de cela que pour résoudre les problèmes suscités par la dépersonnalisation, il faut appliquer les règles existantes en soumettant le cybercommerçant aux obligations du droit de la consommation, d'une part (A), et d'autre part, au régime des contrats internationaux (B).

A- Le cybercommerçant soumis aux obligations du droit de la consommation

662. Pour lutter contre les vices du consentement qui demeurent importants dans les contrats marqués par la dépersonnalisation, il a été nécessaire de soumettre le cybercommerçant aux obligations du droit de la consommation dans ses relations avec les consommateurs. Ces obligations ont permis dans le cadre des contrats à distance d'avoir un consentement éclairé. Cela a été rendu possible grâce au formalisme informatif et au droit de rétractation dont bénéficie le consommateur lors de la formation des contrats à distance tant dans les contrats sur les services financiers que dans les contrats ne portant pas sur les services financiers. Le contrat du cybercommerçant étant un contrat à distance, il est logique que les obligations du droit de la consommation s'appliquent dans l'univers du cybercommerçant. Il ressort de cela que le régime du contrat à distance trouve des solutions pour neutraliser la dépersonnalisation. Ces solutions consistent à imposer au cybercommerçant, l'obligation d'information renforcée d'une part, et d'autre part, l'obligation de respecter le droit de rétractation du consommateur.

663. Dans une première approche, l'obligation d'information renforcée vient assurer une certaine sécurité juridique des parties, compte tenu du défaut de présence physique. L'obligation d'information a pour but d'éclairer le consommateur sur la nature réelle de son engagement, et son renforcement se justifie aisément au regard du contexte entourant la

conclusion du contrat. Le renforcement de l'obligation d'information vient compenser le déficit de connaissance mutuelle des parties et l'impossibilité de déterminer les caractéristiques matérielles du produit, qui est source de méfiance et peut mettre en péril le développement du commerce électronique. Elle permet de neutraliser la dépersonnalisation. L'obligation d'information renforcée est régie par le régime des contrats à distance, à travers le Code de la consommation qui définit son contenu et sa sanction en cas de violation.

Le contenu de l'obligation d'information concerne l'identification du commerçant et la description de l'offre. Le contenu de l'obligation d'information est régi par les articles L. 111-1 et suivants du Code de la consommation. La transposition de l'article 5 de la Directive 2011/83/UE par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « Loi Hamon » a nécessité la modification de l'article L. 111-1 du Code de la consommation et l'ajout d'autres articles relatifs à l'obligation précontractuelle d'information⁶²⁶. Ces textes indiquent désormais toutes les mentions que doit comporter une offre de professionnel de vente ou de service. De manière générale, l'article L. 111-1 du Code de la consommation exige une description des principales caractéristiques du bien ou du service, le prix, la date de livraison et/ou d'exécution. En outre, le professionnel doit communiquer les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques.

De manière spécifique, le Code de la consommation impose aux professionnels s'adressant aux consommateurs, une obligation d'information renforcée dans le cadre des contrats conclus sur Internet. En effet, l'article L. 121-19-3 nouveau affirme que : « *Pour les contrats conclus par voie électronique, le professionnel rappelle au consommateur, avant qu'il ne passe sa commande, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues au I de l'article L. 121-17. Le professionnel veille à ce que le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte, à peine de nullité, la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement. Les sites de commerce en ligne indiquent clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de commande, les moyens de paiement acceptés par le professionnel et les éventuelles restrictions de livraison* ».

Le Code de la consommation fixe également les sanctions qui se distinguent en sanctions pénales et en sanctions administratives. En cas de violation du formalisme informatif, les

⁶²⁶ Luc GRYMBAUD, Loi « Hamon » : une transposition d'importance, RLDI n° 103, avr. 2014, p. 73

contrevenants encourent aux termes des articles R. 121-5 et suivants du Code de la consommation une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Le manquement peut donner lieu à une sanction administrative dont le montant ne peut excéder 3000 euros pour les personnes physiques, et 15000 euros pour les personnes morales selon l'article L. 111-6 du Code de la consommation.

664. Dans une deuxième approche, le régime des contrats à distance qui s'applique aux contrats du cybercommerçant, impose l'obligation de respecter le droit de rétractation du consommateur. Le droit de rétractation est l'expression d'une volonté contraire par laquelle le cocontractant du cybercommerçant entend revenir sur son acceptation. Le consommateur peut être trompé par la présentation de l'offre, et il peut constater lors de la réception du produit que ledit produit ne correspond plus à ses attentes. L'écoulement du temps permettrait à chacun de mesurer la véritable portée de la volonté, ce que l'absence de confrontation immédiate avec un partenaire contractuel n'a pas permis et ce qu'il faut pallier. La faculté de rétractation serait le substitut de la présence physique du cybercommerçant, en faveur de ce consommateur isolé dans son univers à distance⁶²⁷.

Le Code de la consommation détermine le contenu du droit de rétractation et la sanction en cas de violation.

D'abord, l'ordonnance n° 2001-741 portant transposition de la Directive n° 97/7 du 20 mai 1997, en étendait le bénéfice « *à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance* ». Cela était traduit à l'ancien article L. 121-16 du Code de la consommation. Selon l'article ancien L. 121-20 du Code de la consommation, pour les contrats ne portant pas sur les services financiers, le droit de rétraction devrait s'exercer dans un délai de sept jours à compter de la réception du produit ou de l'acceptation de l'offre de prestation de services. Et pour les services financiers, il est porté à quatorze jours par l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation. Désormais, le délai de rétractation est unifié dans sa durée à quatorze jours, pour tous les contrats avec la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, dite Loi « Hamon », qui vient transposer la Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs à travers le nouvel article L. 121-21 du Code de la consommation. Le cybercommerçant est tenu, aux termes des dispositions du nouvel article L. 121-21-4, alinéas 1 et 2 du Code de la consommation, de rembourser, le consommateur de tous les frais

⁶²⁷ Judith ROCHFELD, Le contrat ?... si je veux !, RTD civ. 2001, p. 968-971, spéc. p. 971

engendrés par la vente rétractée sauf les frais de retour⁶²⁸, dans un délai maximal de quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision de rétractation, il peut toutefois différer le remboursement jusqu'à récupération du bien. Les exceptions sont énumérées par l'article L. 121-21-8 du Code de la consommation et comprennent entre autres, les contrats de fournitures de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétractation ; de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier ; de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés, ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ; de fournitures d'enregistrement audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur ; de fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines ; de services de paris ou de loteries autorisés.

Ensuite, la violation du respect du droit de rétractation est soumise à deux catégories de sanctions. La première catégorie de sanctions concerne d'une part, la prorogation du délai à douze mois assortie d'une exception. Cette sanction est mentionnée à l'article L. 121-21-1 du Code de la consommation qui dispose que « *Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° du I de l'article L. 121-17, le délai de rétractation est prolongée de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 121-21. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations* ». D'autre part, lorsque le droit de rétractation est exercé, et au-delà du délai de remboursement de quatorze jours, la somme due, est de plein droit, productive d'intérêt au taux légal ou évolutif, selon l'article L. 121-21-4 du Code de la consommation en ces termes : « *... Au-delà, les sommes dues sont de plein droit majorées du taux d'intérêt légal si le remboursement intervient au plus tard dix jours après l'expiration des délais fixés aux deux premiers alinéas, de 5% si le retard est compris entre dix et vingt jours, de 10% si le retard est compris entre vingt et trente jours, de 20% si le retard est compris entre trente et soixante jours, de 50% entre soixante et quatre-vingt-dix jours et de cinq points supplémentaires par nouveau mois de retard jusqu'au prix du produit, puis du taux d'intérêt légal...* ». La deuxième catégorie de sanctions est régie par le Code de la consommation en ses articles R. 121-1 et suivants, pour les contrats ne portant pas sur des

⁶²⁸ CJUE, 1^{re} ch., 3 sept. 2009, aff. C-489/07, D. 2009, p. 2161, obs. Avena-Robardet V. ; JCP G 2009, n° 47, 459, note Paisant G. ; Voir aussi Cass. 3^e civ., 13 févr. 2008, Bull. civ III, n°29 ; Comm.com. électr. 2009, comm. 91

services financiers, et R. 121-2 et suivants, pour les contrats portant sur des services financiers ; et elle consiste en une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

665. En somme, la dépersonnalisation pose, lors de la formation du contrat, une inégalité d'information entre les parties contractantes qui peut porter atteinte au principe d'égalité contractuelle ou de loyauté contractuelle. Il s'agit de trouver des solutions aux risques liés à la dépersonnalisation ; et ces solutions résident dans l'application des règles existantes. Les dispositions du Code de la consommation permettent la protection préventive du consentement à travers l'obligation d'information renforcée et la protection curative du consentement à travers le droit de rétractation. L'obligation d'information et le droit de rétractation sont deux mécanismes de protection du consommateur dont l'objectif est de contrebalancer l'inégalité subie par le consommateur dans sa relation avec le professionnel. C'est la raison pour laquelle ces dispositions s'appliquent aisément dans l'univers numérique. Le cybercommerçant est tenu comme le commerçant ordinaire de respecter ces obligations. Il est en outre soumis au contrôle de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression de fraudes (la DGCCRF)⁶²⁹ et des Associations de consommateurs agréés. Toutes ces mesures permettent de susciter la confiance en vue du développement du commerce électronique. Il ressort de cela que la dépersonnalisation peut être neutralisée en soumettant le cybercommerçant aux obligations du droit de la consommation. La dépersonnalisation peut aussi être neutralisée en soumettant le professionnel du commerce électronique au régime des contrats internationaux.

B- Le cybercommerçant soumis au régime des contrats internationaux

666. Les difficultés posées par la dépersonnalisation et relatives à la détermination du lieu et du moment de formation du contrat sont connues depuis l'avènement des contrats entre absents qui sont des contrats à distance. Sur ce point traditionnellement pour les contrats entre absents, le Code civil n'apportait pas de réponse, et c'est la jurisprudence qui a dû se prononcer sur les deux théories doctrinales : la théorie de l'émission et la théorie de la

⁶²⁹ La DGCCRF est investie d'une mission de police judiciaire dans le secteur économique de la concurrence et de la consommation. S'il constate une infraction au droit de la consommation, il en dresse un procès-verbal et transmet celui-ci au procureur de la République. Voir *supra* n° 341.

réception de l'acceptation. La question de la détermination du moment et du lieu de formation du contrat du cybercommerçant renouvelle donc les solutions apportées par les anciennes théories applicables aux contrats entre absents, surtout dans les contrats internationaux. Dans ces contrats, l'éloignement des parties impliquait une analyse, toujours valable d'ailleurs, tendant à définir à quel moment et à quel lieu, les consentements étaient censés se rencontrer : théorie de l'émission ou de la réception, mais ne remettait pas en cause l'idée que cette rencontre suffit à former le contrat⁶³⁰. Aujourd'hui, les textes internationaux permettent de trouver des solutions aux difficultés posées par la dépersonnalisation dans les contrats à distance. Il s'agit de trouver des solutions aux problèmes de la détermination du lieu et du moment de formation du contrat du cybercommerçant en appliquant le régime des contrats internationaux.

667. Dans un premier temps, s'agissant d'un contrat entre personnes physiquement absentes, l'obstacle lié à la distance les empêche de connaître simultanément le moment précis où leurs volontés se sont rencontrées, il faut déterminer le moment de formation du contrat. Aussi, tous les contrats à distance ne soulèvent pas toujours de façon systématique la question du moment de leur formation. C'est le cas du contrat conclu par téléphone qui permet l'expression instantanée et simultanée des volontés. Il en est de même pour les contrats conclus sur le site Internet du cybercommerçant qui admettent une extrême rapidité des transmissions électroniques, associée à l'interactivité des systèmes informatiques. C'est pour cela que l'on doit écarter la question de la date de formation du contrat conclu sur le site Internet, qui soulève moins de préoccupations dans un échange par essence rapide. En effet, les questions relatives à la rétractation de l'offre, sa caducité, à la loi applicable et à la répartition du risque sont négligeables dès lors que l'échange se réalise sans dysfonctionnement technique. Selon que l'on adopte la théorie de l'émission ou de la réception de l'acceptation, le moment de formation du contrat est susceptible de varier, tout au plus de quelques minutes⁶³¹. La recherche du moment de formation du contrat est donc dépourvue d'intérêt. Toutefois, il ne faudrait pas oublier d'abord que pour le cas des contrats conclus sur le site Internet du cybercommerçant, un dysfonctionnement potentiel du système informatique ne peut être nié. Si un incident se produit dans la communication, il est nécessaire de déterminer le moment de formation du contrat. Ensuite, il peut exister un

⁶³⁰ Xavier LINANT DE BELLEFONDS, La LCEN et le consensualisme, *Rev. des contrats* 2005/4, p. 592-596

⁶³¹ Luc GRIMBAUD, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, *D.* 2003, p. 1706 et s.

véritable décalage dans les contrats conclus par courrier électronique, nécessitant alors de déterminer le moment de formation du contrat.

Le droit international privé a trouvé des solutions, car plusieurs textes internationaux adoptent la théorie de la réception pour déterminer le moment de formation des contrats internationaux. D'abord, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative aux contrats de vente internationale de marchandise en son article 18-2, dispose que « *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre* ». Ensuite, la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite commerce électronique en son article 11 affirme que « *la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ». Cette disposition est transposée fidèlement à l'article 1369-5, alinéa 3 du Code civil. Le contrat du cybercommerçant est formé par la réception de l'acceptation émise par le destinataire de l'offre. Toutefois, le législateur français a laissé une certaine ambiguïté en ce qui concerne le moment de formation du contrat dans l'univers du cybercommerçant. Elle résulte de la création d'une obligation pour l'auteur de l'offre, d'accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été adressée⁶³².

668. Dans un deuxième temps, la détermination du lieu de conclusion a perdu aussi de son intérêt. En droit international privé, la recherche du lieu de formation du contrat est devenue quasiment inutile. Elle ne permet ni de désigner le tribunal compétent, ni la loi applicable. Les critères du domicile d'une des parties ou encore du lieu d'exécution sont devenus prépondérants⁶³³. Le constat final s'impose donc que la question du lieu de formation du contrat est devenue théorique, cette dernière a été vidée de ses conséquences pratiques⁶³⁴. Par ailleurs, la question du lieu de formation du contrat, ne présente plus d'intérêt, en droit interne, car l'article 46 du Code de procédure civile indique qu'en matière contractuelle, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur ou bien celui de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service.

⁶³² Elle sera développée dans le dernier chapitre relatif à l'inefficacité des règles spéciales, Voir *infra* n° 767 et s.

⁶³³ Pour la loi applicable et la juridiction compétente, Voir *Supra* n° 180 et s.

⁶³⁴ Luc GRYMBAUD, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D. 2003, précité, p. 1706 et s.

Conclusion du chapitre 2

669. L'univers du cybercommerçant est marqué par la dépersonnalisation qui se manifeste à travers le défaut de présence physique des parties contractantes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. Cette dépersonnalisation facilite des risques qui peuvent affecter la validité du contrat du cybercommerçant. La validité du contrat du cybercommerçant est soumise comme tout contrat, au respect des conditions énumérées par l'article 1108 du Code civil. L'application des exigences classiques au fond du contrat s'est manifestée par l'adaptation des règles existantes et l'application pure et simple des règles existantes. L'adaptation des règles existantes était nécessaire pour reconnaître et protéger le consentement dans l'univers du cybercommerçant. La raison est due aux obstacles que suscitait la dépersonnalisation. L'application pure et simple des règles existantes va concerner les autres conditions de fond que sont la capacité, la cause et l'objet du contrat. En ce qui concerne ces dernières conditions, il existe de ce fait une indifférence de la dépersonnalisation, car les règles du Code civil sont efficaces pour neutraliser les problèmes facilités par la dépersonnalisation. Toutefois, dans d'autres situations, les dispositions de Code civil ne trouvent pas de solutions aux problèmes que pose la dépersonnalisation, d'où l'influence de la dépersonnalisation. Il faut avoir recours à d'autres textes qui existaient bien avant l'avènement du commerce électronique ; car des solutions ont déjà été trouvées dans le cadre des contrats à distance. Il s'agit de faire une application pure et simple des règles relatives au droit de la consommation et aux contrats internationaux.

L'objectif visé est d'inciter les internautes à conclure des contrats dans l'univers du cybercommerçant tout en étant conscients des dangers que le support électronique suscite. Et face aux dangers, il faut proposer des remèdes issus soit de l'application pure et simple des règles existantes, soit de l'adaptation des règles existantes en vue de rassurer le cybercommerçant, son cocontractant et les tiers. Cela permettra le développement harmonieux du commerce électronique.

Conclusion du Titre 1

670. Les contrats du cybercommerçant ne sont pas considérés comme étant totalement différents des contrats du commerçant traditionnel. Cependant les modalités de formation des contrats dans l'univers du cybercommerçant ne sont pas absolument identiques à celles suivies pour la formation des contrats dans le commerce traditionnel. Elles sont marquées par la dépersonnalisation, nécessitant le recours au support électronique. Le contrat électronique n'est pas un nouveau contrat, mais plutôt un nouveau moyen de contracter. Pour la conclusion du contrat électronique, dans l'ordre des urgences, s'est successivement posée la question de la preuve et de la forme avant que ne soit abordé, le fond du contrat surtout le problème du consentement. Comment maintenir dans l'environnement du cybercommerçant les mêmes niveaux de sécurité des relations contractuelles qui existent dans le commerce traditionnel ? Si de manière générale, l'on pouvait faire une application pure et simple des règles existantes, dans certaines situations, l'existence d'obstacles, nécessitait d'adapter les règles existantes. Il ressort de cela que loin de créer des règles spécifiques, il faut appliquer les règles générales dans l'univers du cybercommerçant pour neutraliser la dépersonnalisation. Toutefois, en dépit de tout cela, le législateur a élaboré des dispositions spécifiques. Aussi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut rejeter ces règles spéciales.

Titre 2- Le rejet des règles spéciales

671. Les règles spéciales se distinguent des règles générales en cumulant la définition s'attachant au domaine d'application avec celle s'attachant au contenu normatif. Les règles générales énoncent ainsi les principes applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapport juridique et les règles spéciales des dispositions dérogatoires régissant une série de cas déterminés⁶³⁵. Si l'on s'attache au critère tiré du domaine d'application de la règle, il convient de distinguer la règle générale et la règle particulière, et il faut se demander s'il existe des règles applicables au seul cybercommerçant. Si l'on s'attache au critère tiré du contenu de la règle, il convient de distinguer le principe et l'exception et, en ce sens de s'interroger sur le point de savoir si le droit applicable au cybercommerçant déroge au droit applicable à l'ensemble des commerçants.

Le cybercommerçant à la différence du commerçant traditionnel, exerce son activité dans un univers marqué par la dépersonnalisation. Or, la dépersonnalisation facilite amplement les risques que sont le consentement non éclairé, l'inexécution du contrat, les contenus illicites des sites Internet préjudiciables aux cocontractants et aux tiers. L'enjeu se résume à lever les craintes des acteurs sur la sécurité de leurs échanges dans cet environnement marqué par la dépersonnalisation. Conscients des risques liés à la dépersonnalisation, le législateur français à la suite du législateur européen va définir des règles spéciales qui émanent d'abord de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique transposant la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique et ensuite d'autres lois. Ces règles spéciales ont pour objectif d'instaurer un état d'ordre propice au commerce en rassurant les acteurs contre les risques liés à l'utilisation du support électronique. Elles régissent d'une part, les relations contractuelles à travers le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit et d'autre part, les relations non-contractuelles à travers la responsabilité pour faute caractérisée et le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair.

La règle spéciale fait échec au droit commun dans un domaine limité où celui-ci est apparu inapproprié ; mais pour l'essentiel, le droit commun demeure. Elle instaure une distinction, une discrimination normative, une rupture d'égalité qui doit se justifier⁶³⁶. L'utilisation d'Internet confère-t-elle une spécificité telle que les règles juridiques existantes seraient impuissantes, voire incapables parce qu'elles sont inadaptées, à régir correctement les

⁶³⁵ Georges DECOCQ, L'incidence du commerce électronique et de la concurrence, in *Le contrat électronique : au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?* : (Journées d'études du 10 mars 2005 et du 18 mars 2004), LGDJ 2005, p. 197-208

⁶³⁶ Georges DECOCQ, L'incidence du commerce électronique et de la concurrence, in *Le contrat électronique : au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, précité

comportements et les activités des acteurs de l'économie numérique ? Les règles spéciales ne font-ils qu'appliquer à un cas particulier le droit commun, ou consacrent-ils des régimes autonomes par rapport au droit commun qui seraient justifiés par les risques liés à la dépersonnalisation des relations sur le réseau numérique ?

La volonté du législateur de rassurer les acteurs du réseau numérique s'est transformée en une illusion. Il est apparu que les règles spéciales constituent des reprises des dispositions existantes et de ce fait, elles n'étaient pas nécessaires pour sécuriser le commerce électronique en neutralisant les effets néfastes de la dépersonnalisation. Aussi, loin de susciter l'unité par des règles générales et souples, capables de résister à l'évolution rapide de la technique, l'intervention du législateur a créé des disparités de régimes avec des règles surabondantes, complexes et inadaptées.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut rejeter les règles spéciales. Ce rejet est dû au caractère superflu des règles spéciales d'une part (Chapitre 1) et d'autre part, à l'inefficacité des règles spéciales (Chapitre 2)

Chapitre 1- Le caractère superflu des règles spéciales

672. Pour neutraliser la dépersonnalisation, un cadre législatif fut élaboré : la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique transposée par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et d'autres initiatives prises par le législateur français sans être imposées par les directives, ont donné naissance aux règles spéciales. Alors que les règles générales s'appliquent aisément et efficacement dans l'univers du cybercommerçant, le législateur n'a fait que reprendre ces dispositions existantes pour élaborer les règles spéciales. Les règles spéciales régissent les relations contractuelles à travers le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit. A ce niveau, il y a d'une part, une reprise identique du contenu du régime du formalisme informatif, et de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et d'autre part, une extension du domaine d'application. En outre, les règles spéciales régissent les relations extracontractuelles à travers la responsabilité pour faute caractérisée et le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair. Ces règles spéciales ont été marquées par des modifications successives du contenu du régime de la responsabilité extracontractuelle et de la contrefaçon pour revenir au régime initial.

Le constat est que les textes font doublon. Mais, le fait que le législateur superpose des dispositions identiques conduit à se demander si la démarche adoptée était si pertinente que cela. L'on peut douter de l'utilité des règles spéciales qui ne font que reprendre les dispositions existantes.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut rejeter les règles spéciales, compte tenu de leur caractère superflu, qui se manifeste tant au niveau des relations contractuelles (Section 1) qu'au niveau des relations extracontractuelles (Section 2).

Section 1- Les relations contractuelles

673. Le législateur pour développer le commerce électronique a édicté des règles spéciales dans le but de mettre fin aux risques liés à la dépersonnalisation. Les règles spéciales régissent les relations contractuelles en imposant le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit. Cependant, loin d'être des dispositions nouvelles, ces règles spéciales issues de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, reprennent les dispositions générales qui s'appliquent sans difficulté dans l'univers du cybercommerçant. Ainsi, pour mettre en évidence la reprise des dispositions existantes, nous allons nous fonder sur les textes existant avant l'avènement de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, sans oublier de rappeler les nouvelles règles provenant de la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, dite Loi « Hamon », transposant la Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, et applicables aux contrats conclus à partir du 14 juin 2014. Le législateur à travers les règles spéciales redit ici ce qui a été déjà dit là, moyennant quelques variations. Ces variations concernent l'extension du domaine d'application des dispositions générales dans l'univers du cybercommerçant. Cette extension du domaine d'application suscite des interrogations. Il ressort de cela que le cybercommerçant est confronté à un véritable « mille-feuille législatif » entre le Code civil, le Code de la consommation, le Code de commerce et les règles spéciales. Cette situation laisse apparaître le caractère superflu, des règles spéciales régissant le formalisme informatif (Paragraphe 1) et la responsabilité de plein droit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Le formalisme informatif

674. L'information est considérée comme la pièce maîtresse du dispositif de protection du cocontractant : information sur les caractéristiques des biens et services, information sur les prix et les conditions de vente, mentions obligatoires dans les contrats, auxquels s'ajoutent les exigences de reproduction de certains modèles types. Le formalisme informatif n'a d'autre but que de porter à la connaissance du cocontractant diverses informations, pour un consentement éclairé⁶³⁷. Dans l'univers du professionnel du commerce électronique, marqué par la dépersonnalisation, le formalisme informatif joue un rôle crucial. C'est la raison pour laquelle le législateur français à la suite du législateur européen a imposé

⁶³⁷ Anne LEPAGE, Les paradoxes du formalisme informatif, Mélanges Calais Aulois, Dalloz 2004, p. 597 et s.

un formalisme informatif dans les contrats du cybercommerçant à travers l'article 19 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui vient transposer l'article 5 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique. Le constat est que les règles spéciales ne constituent que la reprise des dispositions existantes. Le formalisme informatif se retrouve dans les règles existantes et il est efficace pour protéger les parties contractantes dans l'univers du cybercommerçant. Cette situation nous permet d'affirmer le caractère superflu des règles spéciales concernant le régime du formalisme informatif (I) et le domaine du formalisme informatif (II).

I- Le régime du formalisme informatif

675. L'article 19 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique pose une obligation d'information préalable qui pourra être complétée par d'autres obligations trouvant leur source dans d'autres textes. L'alinéa premier dispose que *« sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes : s'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ; l'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec elle ; si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ; si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du Code général des impôts, son numéro individuel d'identification ; si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ; si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite »*.

Le régime du formalisme informatif qui ressort des règles spéciales, fait apparaître des dispositions relatives au contenu de l'information d'une part, et d'autre part des dispositions relatives à l'accès à l'information. Cependant, loin d'être des dispositions nouvelles, elles ne font que reprendre les dispositions qui régissaient le commerce traditionnel et qui s'appliquent

sans difficulté au commerce électronique. Il se pose de ce fait le problème de la pertinence des règles spéciales. Leur utilité est mise en doute dans la mesure où il s'agit d'une reprise des dispositions existantes relatives au contenu de l'information (A) et à l'accès à l'information (B).

A- La reprise des dispositions existantes relatives au contenu de l'information

676. L'article 19 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique répète des formalités qui étaient de toute manière prescrites. Dans le cadre de ses relations contractuelles, la règle spéciale impose au cybercommerçant des mentions relatives au contenu de l'information qui existaient déjà dans le Code de la consommation et le Code de commerce. Ces mentions concernent l'identification du cybercommerçant et le contenu de l'offre.

677. Dans un premier temps, les règles spéciales relatives à l'identification du cybercommerçant constituent une reprise des dispositions du Code de la consommation et du Code de commerce. Le législateur impose des mentions spécifiques permettant d'identifier le cybercommerçant. Il doit ainsi indiquer ses nom et prénom ou sa raison sociale si c'est une personne morale, son adresse et son numéro de téléphone. Si l'activité du prestataire suppose une autorisation préalable, il faut également communiquer les nom et adresse de l'autorité concernée. Toutefois, celles-ci imposées par les règles générales, sont usuellement apposées sur les documents commerciaux tant dans les relations entre professionnels que dans les relations avec le consommateur. Ces règles spéciales sont inutiles car les dispositions du Code de la consommation et du Code de commerce s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant.

D'abord, les règles spéciales reprennent les dispositions du Code de la consommation régissant les relations avec les consommateurs. Il en va ainsi des anciens articles L. 121-18, 1°, et L. 121-19 du Code de la consommation et des nouveaux articles L. 121-19 et suivants du Code de la consommation qui prévoient une telle obligation d'identification pour les contrats à distance. Ensuite, ces dispositions spéciales sont identiques à celles du Code de commerce. L'article R. 123-237 du Code de commerce prévoit que toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés (RCS) « *indique sur ses factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires ainsi que sur toutes correspondances et tous récépissés concernant son activité et signés par elle ou en son nom* », le numéro

d'identification de l'entreprise, son siège social, son éventuel état de liquidation et d'autres informations sur son identité. L'obligation est sanctionnée par une contravention de la quatrième classe.

678. Dans un deuxième temps, les règles spéciales régissent le contenu de l'offre. Il s'est agi dans ce cadre d'une reprise des dispositions existantes qui s'appliquent sans difficulté au cybercommerçant. Ces règles sont relatives à l'obligation d'information sur les biens ou services et sur le prix.

D'abord, en ce qui concerne l'obligation d'information sur les biens et services, l'article 1369-4 du Code civil énonce que : « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles d'une manière qui permettent leur conservation et leur reproduction....* ». Ces dispositions figuraient déjà dans le Code de la consommation. Pour la vente de biens, l'ancien article L. 111-1, alinéa 1 du Code de la consommation prévoyait que « *Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien* ». Pour la prestation de services, l'ancien article L. 111-2, alinéa 1 du Code de la consommation prévoyait que « *Tout professionnel prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, et en tout état de cause, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service* ». Cette obligation d'information est désormais résumée dans le nouvel article L. 111-2 alinéa 1 du Code de la consommation, en ces termes : « *Outre les mentions prévues à l'article L. 111-1, tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution du contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'État* »

Ensuite, en ce qui concerne l'obligation d'information sur le prix, la règle spéciale à travers l'article 19 dispose que « *Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'une offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Le présent alinéa s'applique sans préjudice des dispositions régissant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1 du Code de la consommation, ni des obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur* ». Cette règle

reprend les dispositions du Code de la consommation en son article ancien L. 113-3, alinéa 1, qui impose à tout vendeur de produits ou tout prestataire de services d'informer le consommateur des conditions particulières du contrat en ces termes : *« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation »*.

Enfin, il n'est pas aisé de discerner une ligne méthodique. Ainsi, lorsque l'article 23 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique venait modifier l'ancien article L. 121-20-4 du Code de la consommation qui, pour certains contrats comme ceux relatifs à des prestations d'hébergement, de restauration, de loisirs, prévoyait que ne s'appliquent normalement pas les articles L. 121-18 et L. 121-19, un nouvel alinéa est opportunément ajouté dans ce dernier texte qui affirme que les articles visés s'appliquent si les contrats en question sont conclus par voie électronique. C'est le règne de la redondance⁶³⁸. Heureusement que la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 dite « Loi Hamon » transposant la Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, a réorganisé toutes ces dispositions pour leur donner plus de clarté.

679. En définitive, l'article 23 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique impose dans le cadre du formalisme informatif des obligations relatives à l'identification du cybercommerçant et au contenu de l'offre qui comprend l'information sur les biens ou services et sur le prix. Toutefois, ces mentions ne sont pas nouvelles car elles sont prescrites par les dispositions du Code de la consommation et du Code de commerce qui s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. L'information sur le professionnel, les biens ou services et le prix, est un passage obligé de tout texte qui prétend protéger le cocontractant et assurer la transparence, ou établir la confiance dans les relations avec les consommateurs et dans les relations entre professionnels. Les règles spéciales relatives au contenu de l'information sont inutiles car il s'agit d'une reprise des dispositions générales. Aussi, c'est dans ce même cadre que s'inscrivent les règles relatives à l'accès à l'information.

⁶³⁸ Michel VIVANT, Le contrat plongé dans l' « économie numérique », Rev. des contrats 2005/4, p. 533 et s., précité

B- La reprise des dispositions existantes relatives à l'accès à l'information

680. L'article 19 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dispose que : « *Sans préjudice des autres obligations d'informations prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destiné la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes...* ». L'article 19 qui transpose la Directive 2000/31/CE commerce électronique, est inutile parce qu'elle une reprise des dispositions existantes. Et la jurisprudence avait opté pour l'application de l'ancienne Directive n° 97/7/CE sur les contrats à distance (cette Directive n° 97/7/CE a désormais été abrogée par la Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs), au détriment de la Directive 2000/31/CE, dite commerce électronique.

681. Dans un premier lieu, il y a une reprise des dispositions existantes pour définir les modalités de l'accès à l'information. D'abord, de manière générale pour tous les contrats avec les consommateurs, l'ancien article L. 111-2, alinéa 2 du Code de la consommation définissait les modalités de réception de l'information par le consommateur en ces termes : « *Le professionnel prestataire de services doit mettre à la disposition du consommateur ou lui communiquer, de manière claire et non ambiguë, les informations suivantes...* ». Ensuite, l'ancien article L. 121-19 du Code de la consommation affirmait que : « *Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison...* ». Enfin, de manière spécifique, pour les contrats à distance, l'ancien article L. 121-18 du Code de la consommation disposait que « *... ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée...* ». Les nouveaux articles du Code de la consommation réaffirment ces mêmes obligations liées à l'accès à l'information.

682. Dans un deuxième lieu, le choix de la jurisprudence a porté sur la Directive n° 97/7/CE sur les contrats à distance au détriment de la Directive 2000/31/CE, commerce électronique.

En l'espèce, la société Content Services propose différents services en ligne sur son site Internet, notamment des logiciels gratuits ou des versions d'essai de logiciels payants. Pour pouvoir utiliser ledit site, les internautes doivent remplir un formulaire d'inscription.

Lorsqu'ils passent leur commande, ces derniers doivent, en cochant une case désignée dans le formulaire, déclarer qu'ils acceptent les clauses générales de ventes et qu'ils renoncent à leur droit de rétractation. Il en résulte que les informations prévues aux articles 4 et 5 de la Directive n° 97/7/CE, en particulier, celle concernant le droit de rétractation, ne sont pas directement présentées aux internautes, qui peuvent toutefois les visualiser en cliquant sur un lien figurant sur la page qu'ils remplissent pour la conclusion du contrat. Après avoir transmis sa commande, le client reçoit un courrier électronique comportant un renvoi à une adresse Internet, assorti d'un nom d'utilisateur et d'un mot de passe afin d'accéder au contenu du site Internet. Il ne comporte aucune information sur le droit de rétractation, les diverses informations ne pouvant être obtenues que par un lien transmis par ce courrier électronique. Une association autrichienne de protection des consommateurs conteste cette pratique commerciale ne garantissant pas la protection des consommateurs, un site Internet pouvant être modifié à tout moment. La juridiction autrichienne, estimant que l'interprétation des dispositions de la Directive n° 97/7/CE est nécessaire pour trancher le litige dont elle est saisie, a préféré surseoir à statuer et a posé à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) la question préjudicielle suivante : « *Suffit-il, pour satisfaire l'exigence posée par l'article 5 paragraphe 1 de la Directive n° 97/7/CE selon laquelle un consommateur doit recevoir confirmation des informations qui y sont mentionnées sur un support durable à sa disposition et auquel il a accès, à moins que ces informations ne lui aient déjà été fournies lors de la conclusion du contrat sur un support durable à sa disposition et auquel il a accès, que cette information soit accessible au consommateur au moyen d'un hyperlien sur le site Internet de l'entrepreneur, qui figure dans un texte dont le consommateur doit indiquer qu'il en a pris connaissance en cochant une case pour pouvoir s'engager dans un rapport contractuel ?* »

La Cour de justice de l'Union européenne, le 5 juillet 2012 a estimé que : « *une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni "fournies" par cette entreprise ni "reçues" par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un "support durable" au sens dudit article 5, paragraphe 1* »⁶³⁹.

Bien que s'agissant d'une vente sur Internet, la CJUE a fait application de l'article 5 paragraphe 1 de la Directive n° 97/7/CE et a anticipé sur l'entrée en vigueur prévue le 13 juin 2014 de la nouvelle Directive relative aux droits des consommateurs en ce qui concerne la

⁶³⁹ CJUE, 3^e ch., 5 juill. 2012, aff. C-49/11, RLDI 2012/85, n° 2865 ; Céline CASTETS-RENARD, Le formalisme informatif en droit européen du commerce électronique, RLDI déc. 2012, n° 2932, p. 6-10

notion de support durable. En effet, la notion de support durable est définie par la nouvelle Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, qui vient abroger la Directive n° 97/7/CE, comme « *Tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées* ». Pour la CJUE, le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur n'est pas un support durable car il ne permet pas à ce dernier de stocker des informations, ni d'y accéder, ni de les reproduire en garantissant l'absence de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur.

683. En somme, le caractère superflu des règles spéciales existe dans les relations contractuelles à travers le formalisme informatif. Il se manifeste à travers la reprise des dispositions existantes relatives au contenu et à l'accès à l'information. Les règles spéciales déterminent le régime du formalisme informatif dans l'univers du cybercommerçant. Or, il existe déjà des dispositions relatives au formalisme informatif issues du Code de la consommation, du Code civil, du Code de commerce et des autres textes particuliers, qui s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. Il en résulte un défaut d'articulation entre les règles spéciales de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et les multiples dispositions relatives au formalisme informatif. Cela entraîne des chevauchements, des redondances qui obligent à s'interroger sur l'utilité des règles spéciales. Cette utilité des règles spéciales est aussi remise en cause en ce qui concerne le domaine d'application du formalisme informatif.

II- Le domaine du formalisme informatif

684. L'inégalité des parties fonde traditionnellement l'obligation d'information. C'est dans les relations avec les consommateurs qu'elle a le plus souvent trouvé une consécration jurisprudentielle et légale. Dans les règles existantes, le formalisme informatif s'applique de manière générale dans les relations avec les consommateurs. Dans tous les cas, domine le souci d'une protection préventive, tant elle paraît particulièrement nécessaire à l'égard du consommateur. Elle est basée sur l'inégalité présumée qui préside aux relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs, sur l'impossibilité qui en

découle pour le consommateur, en situation de faiblesse de négocier le contrat, sur la liberté exclusive du professionnel dans la détermination du contenu du contrat, et par conséquent sur les déséquilibres qui innervent le contrat de consommation⁶⁴⁰. Tous les cocontractants ne bénéficient pas de la protection du formalisme informatif. Si cela est un acquis pour le consommateur, le professionnel lui ne bénéficie pas du formalisme informatif, sauf cas particuliers. Ces règles existantes s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. Toutefois, la règle spéciale introduit un bouleversement en imposant le formalisme informatif à l'égard de l'utilisateur à travers l'article 1369-4, 2° du Code civil qui dispose que : « ... *Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie et de les corriger* ». Le domaine d'application du formalisme est réduit dans l'univers du commerçant traditionnel. Cependant, dans l'univers du cybercommerçant, la règle spéciale ne fait pas la distinction entre professionnel et consommateurs. Le bénéficiaire du formalisme informatif est l'utilisateur du réseau numérique, c'est-à-dire l'internaute. Cet internaute peut avoir la qualité de consommateur ou de professionnel. Il ressort de cela que la règle spéciale procède à une extension du domaine d'application du formalisme informatif qui ne semble pas être justifiée, car ce domaine réduit dans l'univers du commerçant traditionnel (A), est élargi dans l'univers du cybercommerçant (B).

A- Un domaine réduit dans l'univers du commerçant traditionnel

685. Le formalisme informatif s'applique dans les contrats avec les consommateurs, peu importe que le contrat soit conclu sur Internet ou dans le commerce traditionnel. La généralité des dispositions existantes permet l'application du formalisme informatif dans l'univers du cybercommerçant. En revanche, il existe une différence lorsque le cocontractant a la qualité de professionnel. C'est la raison pour laquelle, nous allons mettre l'accent sur le cocontractant professionnel. Le principe est l'absence de formalisme informatif dans les contrats avec les professionnels. Toutefois, cette règle n'étant pas absolue, les règles existantes régissant des contrats particuliers imposent dans les relations avec les professionnels un formalisme informatif.

⁶⁴⁰ Denis MAZEAUD, Droit commun du contrat et droit de la consommation, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 698-724 ; Jean CALAIS-AULOIS, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com. 1998. 115 ; Jérôme HUET, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 508

686. En premier lieu, les règles générales n'imposent pas de formalisme informatif dans les contrats avec les professionnels de manière générale. Les principes de liberté et d'égalité contractuelles et le principe de transparence permettent au professionnel de demander des informations qui lui sont nécessaires pour la conclusion du contrat.

D'une part, les principes de liberté et d'égalité contractuelles déterminent l'absence du formalisme informatif dans les contrats entre professionnels. L'éviction des professionnels du champ d'application du formalisme informatif ne suscite pas la surprise, car elle reflète l'opinion qui soutient que tout professionnel doit être considéré comme suffisamment compétent et puissant pour déjouer les pièges et éviter les déséquilibres contractuels tendus et causés par son partenaire lors de la conclusion du contrat. Il ne faut voir là qu'une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté qui veut que la convention, qui résulte d'un accord de volonté, fasse la loi des parties et que chacune d'entre elles soit censée être le meilleur juge de ses intérêts. En outre, les concepts de bonne foi, d'abus et d'équité sont autant d'armes aux mains des juges pour restaurer les équilibres contractuels rompus et pour canaliser l'exercice des pouvoirs exorbitants d'un contractant⁶⁴¹.

D'autre part, des considérations morales autant qu'économiques militent pour accroître la transparence sur les prix et les caractéristiques du bien ou du service fourni, mais aussi sur les conditions juridiques de sa mise à disposition. La transparence se fonde aussi bien sur la nécessité de promouvoir des relations loyales que sur celle de corriger l'asymétrie informationnelle entre parties contractantes⁶⁴². C'est sur le fondement de la transparence qu'il est rappelé au cocontractant professionnel qu'il a la possibilité de demander certaines informations sur le contrat. Il dispose du bénéfice du devoir de communication. Cela est traduit à l'article L. 441-6 du Code de commerce en ces termes : « *Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Elles comprennent : les conditions de vente, le barème des prix unitaires, les réductions de prix, les conditions de règlement* ».

687. En deuxième lieu, le législateur a mis en place une stratégie de dissuasion contractuelle qui se traduit notamment par un formalisme informatif rigoureux au stade de la conclusion de certains contrats dans le but de protéger le professionnel. Ces contrats ne sont

⁶⁴¹ Denis MAZEAUD, L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998. 95, p. 101 et s.

⁶⁴² Xavier THUNIS, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, Mélanges Cabrillac, éd. Litec 1999, p. 313

pas nombreux, et, ils concernent entre autres, les contrats de concession et franchise et les contrats de prêt d'argent.

D'abord, dans les contrats de concession et franchise, l'obligation légale d'information est régie par l'article L. 330 du Code de commerce qui énonce que : *« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités... »*. Ce formalisme informatif bénéficie au professionnel. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a fait application de cette règle dans un arrêt du 17 juillet 2001⁶⁴³.

Ensuite, dans le contrat de prêt d'argent, l'article L. 313-2 du Code de la consommation dispose que : *« Le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section. Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 150 000 euros »*. Il ne résulte donc pas de cet article que les prêts à finalité professionnelle soient exclus du champ d'application de ce texte. Le taux effectif global est constitué du taux d'intérêt proprement dit, et des frais, commissions ou rémunération de toutes natures, y compris ceux dus à l'intervention des intermédiaires. Il permet de vérifier si le taux est ou non usuraire et donne à l'emprunteur de se rendre effectivement compte de son engagement et particulièrement du coût du crédit. Bien que figurant dans le Code de la consommation, ce formalisme de protection ne vise pas uniquement le consommateur, il s'applique aussi à l'emprunteur professionnel dans le cadre d'un prêt à finalité professionnelle. C'est ce que retient la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 22 septembre 2011 en ces termes : *« Selon le texte susvisé, le taux effectif global doit être mentionné dans tout écrit de sorte que l'acte constatant un prêt à finalité professionnelle est*

⁶⁴³ Cass. com. 17 juill. 2001, M. Jardin et autres c/ Sté Volkswagen, Contrats, conc. cons., 2002, comm. 2, note L. Leveneur : Ayant constaté que seule la signature d'un contrat de concession avec l'engagement d'exclusivité avait marqué l'accord effectif des volontés des parties, la cour d'appel a pu décider que les dispositions de l'article 1^{er} de la Loi du 31 décembre 1989, qui impose une information précontractuelle préalablement à la signature du contrat n'avaient pas été méconnues, peu important à cet égard que le contrat ait prévu qu'il prenait effet à une date ultérieure

soumis à cette obligation légale »⁶⁴⁴. L'emprunteur professionnel est doublement protégé par la nécessité d'une mention écrite du taux d'intérêt prévu à l'article 1907, alinéa 2 du Code civil, et par l'exigence de précision du taux effectif global prévu à l'article L. 313-2 du Code de la consommation.

688. En définitive, le formalisme informatif s'applique dans les contrats avec les consommateurs. Toutefois, dans les contrats avec les professionnels, il est limité à certains contrats particuliers. Le principe demeure l'absence de formalisme informatif dans les relations entre professionnels. Les règles existantes admettent un domaine réduit du formalisme informatif dans le cadre des relations entre professionnels. Ces dispositions à portée générale sont applicables à tous les contrats conclus sur Internet. Toutefois, la règle spéciale a étendu le domaine d'application du formalisme dans l'univers du cybercommerçant.

B- Un domaine élargi dans l'univers du cybercommerçant

689. Le caractère général des règles existantes sur le formalisme informatif permet aisément leur application dans l'univers du cybercommerçant. Ces règles visent à protéger le consommateur, et dans certains cas bien limités le professionnel. Toutefois, la règle spéciale vient élargir le domaine du formalisme en ne faisant plus la distinction entre consommateur et professionnel. Cela est traduit à l'article 1369-4, 2° du Code civil en ces termes : « ... *Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie et de les corriger* ». L'on part d'une protection de la partie économiquement faible à savoir le consommateur à une protection de la partie techniquement faible à savoir l'utilisateur. L'utilisateur inclut tant le consommateur que le professionnel. Il ressort de cela que la règle spéciale occasionne des bouleversements au niveau du domaine d'application du formalisme informatif à travers l'indifférence de la qualité du cocontractant et la protection de la partie techniquement faible.

690. Dans une première approche, la règle spéciale à travers la notion d'« utilisateur » admet l'indifférence de la qualité du cocontractant. Le législateur choisi

⁶⁴⁴ Civ. 1^{re}, 22 sept. 2011, Contrats, conc. cons., janv. 2012, n° 27, obs. Raymond ; Gaz. Pal. 2012. 455, obs. Piedelièvre ; Voir aussi Cass. civ. 22 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 3 ; D. 2002. 2670 note A. Debet

d'intégrer tous les cocontractants, qu'ils soient consommateurs ou professionnels, comme bénéficiaires du formalisme informatif. Le législateur crée un formalisme qui atteint tous les contrats conclus par voie électronique⁶⁴⁵. La volonté traditionnelle du législateur de protéger les consommateurs dans leurs relations avec les professionnels est remise en cause, puisque les règles spéciales sur le formalisme informatif s'appliquent indifféremment à tous les contractants. A l'inverse, le Code civil consacre la distinction consumériste entre les consommateurs et les professionnels témoignant d'un mélange de genres fort critiquable⁶⁴⁶.

691. Dans une deuxième approche, la règle spéciale accroît les obligations du cybercommerçant, parce qu'elle entraîne une évolution du domaine de protection. La liberté et l'égalité contractuelle, sur lesquelles s'est élaboré et déployé le droit commun des contrats, cède la place à une autre vision. La protection profite à tous les cocontractants. De la protection de la partie économiquement faible, l'on passe à la protection de la partie techniquement faible. La protection est désormais liée à l'utilisation du support électronique pour conclure le contrat. Il ressort de cela une extension des bénéficiaires du formalisme informatif. Cela entraîne évidemment l'accroissement des obligations du cybercommerçant comparativement au commerçant traditionnel. Ainsi, lorsque l'opérateur exerce ses activités sur Internet, ses obligations sont différentes de celles retenues lorsqu'il exerce ses activités dans le commerce traditionnel. Le domaine d'application élargi entraîne une distorsion de concurrence au détriment du cybercommerçant.

692. Pour conclure ce paragraphe 1, nous pouvons dire que les règles spéciales relatives au formalisme informatif reprennent les dispositions générales contenues dans le Code de la consommation, dans le Code civil et dans le Code de commerce. Ces dispositions générales s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. Il en résulte des lors des redondances, des superpositions entre des dispositions identiques provenant de règles différentes et traduisant le caractère superflu des règles spéciales.

Il faut imposer du formalisme que dans une mesure raisonnable, au risque de porter atteinte à la sécurité juridique que le formalisme se propose alors d'assurer. La conséquence est qu'elle engendre un nouveau déséquilibre, qui se substitue à celui que la loi voulait combattre. La

⁶⁴⁵ Arnaud RAYNOUARD, La loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique ... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire !, Rev. des contrats 2005/4, p. 565-579, précité.

⁶⁴⁶ Céline CASTET-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », Defrénois, oct. 2006, n° 20/06, p. 1529-1551, précité

pertinence de l'information ainsi livrée à foison n'est plus simplement à déplorer. Surabondance et répétition ne sont pourtant pas les conditions d'un système efficace d'information⁶⁴⁷. En outre, le caractère superflu des règles spéciales ne concerne pas uniquement le formalisme, elle atteint aussi la responsabilité de plein droit.

Paragraphe 2- La responsabilité de plein droit

693. Le régime de responsabilité contractuelle du cybercommerçant n'est pas organisé par la Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique. Il est uniquement prévu en droit interne, à l'article 15 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique. Le législateur a voulu répondre aux risques résultant de la conclusion du contrat à distance. Ce mode de conclusion contraint souvent le cybercommerçant à solliciter des prestataires, notamment pour transporter vers le destinataire la chose vendue. Cette pluralité d'intervenants risque de compliquer l'action du client insatisfait dans la mesure où il devrait rechercher l'origine précise du dommage. Pour éviter ce risque, le législateur a souhaité offrir à tous les cocontractants un répondant unique afin de centraliser le contentieux sur la tête d'une seule personne : le cybercommerçant. Destinée à rassurer le cybercocontractant, cette règle impose une responsabilité du fait d'autrui qui existe déjà dans le commerce traditionnel.

L'article 15 ne fait-il qu'appliquer à un cas particulier le principe de responsabilité du fait d'autrui issu du droit commun, ou consacre-t-il un cas spécifique de responsabilité du fait d'autrui autonome par rapport au droit commun ?

La règle spéciale ne modifie pas le principe et les causes d'exonération de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui du droit commun. Toutefois, contrairement au droit commun, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans l'univers du cybercommerçant, s'applique à tous les contrats. Donc, la règle spéciale ne fait qu'appliquer le droit commun au cybercommerçant en élargissant simplement le domaine d'application. Le champ d'application très large suscite des incertitudes et des critiques.

Il ressort de cela, le caractère superflu des règles spéciales relatives à la responsabilité de plein droit. Le législateur aurait pu faire l'économie de dispositions spéciales parce que la responsabilité du fait d'autrui émanant du droit commun s'applique aisément dans l'univers

⁶⁴⁷ Anne LEPAGE, Les paradoxes du formalisme informatif, Mélanges Calais Aulois, Dalloz 2004, p. 597 et s.

du cybercommerçant d'une part, et d'autre part, le contenu du régime de la responsabilité du fait d'autrui est repris par les règles spéciales (II).

I- L'application de la responsabilité du fait d'autrui du droit commun

694. Les textes relatifs à la responsabilité du fait d'autrui ne mettent pas l'accent sur le support qui a permis la conclusion du contrat. Le caractère général marqué par l'indifférence du mode de conclusion permet leur application dans l'univers du cybercommerçant. Au départ, limité par les règles générales à certains contrats, la jurisprudence a étendu le domaine d'application de la responsabilité du fait d'autrui. Désormais, la responsabilité du fait d'autrui s'applique à tous les contrats faisant intervenir un tiers préposé ou substitut du débiteur de l'obligation. Cette situation correspond à celle envisagée dans de nombreux contrats conclus sur Internet. La responsabilité du fait d'autrui s'applique sans difficulté dans l'univers du cybercommerçant et permet de neutraliser les risques liés à la dépersonnalisation. Il ressort de cela que la responsabilité du fait d'autrui n'est pas née avec l'apparition du commerce électronique, son régime relève du droit commun (A) et son domaine d'application a été étendu par la jurisprudence (B).

A- Un régime de responsabilité relevant du droit commun

695. En droit commun, les textes généraux régissant la responsabilité contractuelle (les articles 1146 à 1155 du Code civil), ne contiennent aucune mention de la responsabilité du fait d'autrui. Ils mettent plutôt l'accent sur la responsabilité contractuelle du fait personnel. Toutefois, des dispositions issues tant du Code civil que des autres codes et lois régissant des contrats particuliers, mettent à la charge du débiteur les conséquences de la mauvaise exécution imputable au préposé ou substitut de ce dernier : c'est la responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui relève du droit commun et s'applique aisément au commerce électronique. La responsabilité du fait d'autrui est affirmée par divers textes tant dans le Code civil que dans les autres codes, qui s'appliquent sans difficulté dans l'univers du cybercommerçant.

696. D'abord, dans le Code civil, la responsabilité du fait d'autrui est envisagée par l'article 1735 du Code civil qui régit les troubles de jouissance et autres dommages causés par

les sous-locataires : « *Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires* ». L'article 1797 du Code civil admet la responsabilité de l'entrepreneur pour les dommages causés par ses ouvriers en ces termes : « *L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie* ». En leur qualité de dépositaire des effets du voyageur (le client), les aubergistes et hôteliers, selon article 1953 du Code civil : « *... sont responsables du vol ou du dommage de ces effets, soit que le vol ait été commis ou que le dommage ait été causé par leur préposés, ou par des tiers allant et venant dans l'hôtel* ». La responsabilité du fait d'autrui dans les contrats de louage d'ouvrage et d'industrie est régie par l'article 1782 du Code civil qui dispose que : « *Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes dont il est parlé au titre Du dépôt et du séquestre* ». La responsabilité du fait d'autrui dans le contrat de promotion immobilière, est envisagée par l'article 1831-1 du Code civil en ces termes : « *... Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage...* »

697. Ensuite, la responsabilité du fait d'autrui est reconnue par d'autres codes. En effet, nous pouvons citer entre autres, les articles 97 à 99 du Code de commerce qui rendent le commissionnaire de transport garant du transporteur et du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse la marchandise. Les articles L. 452-1 à L. 452-5 du Code de la sécurité sociale imposent à l'employeur de répondre des accidents du travail causés par la faute inexcusable des personnes qu'il s'est substituées dans la direction de l'entreprise, soit par la faute intentionnelle de l'une quelconque de ses préposés. L'article L. 511-1 du Code des assurances impose à l'assureur de répondre civilement des fautes, imprudences et négligences de ses employés ou mandataires habilités à présenter des opérations d'assurance⁶⁴⁸.

698. En somme, la responsabilité du fait d'autrui trouve sa raison d'être dans le respect de la parole donnée et la force obligatoire du contrat. Le débiteur ne pouvant se délier de manière unilatérale de son obligation en la faisant exécuter par quelqu'un d'autre. La force obligatoire oblige le débiteur à répondre des actes de la personne qui l'a substitué dans l'exécution du contrat. C'est pour cela que le débiteur est responsable du fait de ses substituts et auxiliaires. La responsabilité du fait d'autrui est affirmée par divers textes tant dans le Code

⁶⁴⁸ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Jacques GHESTIN (Dir.), Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité, 3^e éd. L.G.D.J., 2006, n° 814 et s., p. 1033 et s.

civil que dans les autres codes régissant certains types de contrats. Les règles existantes s'appliquent sans difficulté dans l'univers du cybercommerçant. Aussi, la jurisprudence a étendu le domaine d'application de la responsabilité du fait d'autrui.

B- L'extension jurisprudentielle du domaine d'application

699. La jurisprudence a étendu la responsabilité contractuelle du fait d'autrui à des situations qui n'étaient pas visées par les textes existants. La jurisprudence admet que toute personne à laquelle a été confiée l'exécution d'une partie de l'obligation contractuelle peut engager, par son fait, la responsabilité du débiteur de cette obligation : peu importe qu'elle ait agi en qualité de préposé, d'auxiliaire ou de substitut. Encore faut-il cependant que cette tâche d'exécution lui ait été assignée par le débiteur. La jurisprudence étend le domaine d'application de la responsabilité du fait d'autrui aux contrats dans lesquels intervient un tiers préposé ou substitut du professionnel pour l'exécution de son obligation. Ces contrats peuvent être aussi conclus sur Internet d'où la neutralité du support de conclusion du contrat. Cette extension jurisprudentielle du domaine de la responsabilité du fait d'autrui s'applique aisément aux contrats du commerce électronique.

700. La jurisprudence appliquait la responsabilité du fait d'autrui bien avant la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dans les sous-contrats. Tous ces contrats se retrouvent aussi dans le commerce électronique, d'où l'application de la responsabilité du fait d'autrui sans avoir besoin d'un texte spécifique. Les sous-contrats concernent entre autres le sous-contrat de transport⁶⁴⁹, le sous-mandat⁶⁵⁰, la sous-traitance⁶⁵¹. La responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal est engagée vis-à-vis du maître de l'ouvrage, peu important que sa faute ne soit pas établie et que l'inexécution soit le fait d'un sous-traitant, dès lors qu'il est le seul cocontractant du maître tenu d'une obligation de résultat⁶⁵². C'est ce que retient la troisième Chambre civile de la Cour de

⁶⁴⁹ Cass. com., 9 juill. 1996, Bull. civ. IV, n° 217

⁶⁵⁰ Cass. com., 2 déc. 1997, JCP G 1988, II, 10160, note M. Storck

⁶⁵¹ Cass. 3^e civ., 12 déc. 1968, Bull. civ. III, n° 545 ; Cass. 3^e civ., 13 mars 1991, Bull. civ. III, n° 91 ; Cass. 3^e civ., 23 juin 1999, Bull. civ. III, n° 148

⁶⁵² La sous-traitance est régie par la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, modifiée par la Loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 et la Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, et par les ordonnances n° 2010-137 du 11 février 2010 et n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 : le maître de l'ouvrage n'a donc pas à rapporter la preuve d'une faute que l'entrepreneur aurait commise, dans le choix du sous-traitant ou le pilotage des travaux. Autrement dit entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, le fait de la sous-traitance est neutre et la responsabilité appréciée comme si celui-ci avait exécuté lui-même la prestation

cassation dans un arrêt rendu le 9 septembre 2009, en ces termes : « *Mais attendu qu'ayant relevé qu'en sa qualité de seul cocontractant de la société Magetrans, la société Christ était tenue d'une obligation de résultat et constaté, répondant aux conclusions, que la société Magetrans, qui avait commandé un portique de lavage fonctionnant grâce à un puits permettant l'alimentation en eau, devait obtenir la réparation exacte de son préjudice, soit les travaux permettant au système prévu de fonctionner et le paiement des dépenses qu'elle avait dû supporter du fait de cette installation inappropriée, soit la surconsommation d'eau et les factures réglées en cours d'expertises, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de caractériser l'existence d'une faute de la société Christ et qui a souverainement apprécié le préjudice par la société Magetrans, a pu en déduire, sans se contredire, que la responsabilité de la société Christ était engagée vis-à-vis du maître de l'ouvrage et a légalement justifié sa décision de ce chef* »⁶⁵³.

701. En définitive, la responsabilité du fait d'autrui émane des règles existantes. Elle se retrouve dans les dispositions du Code civil et des autres Codes. Le domaine d'application limité au départ, à certains contrats, se trouve désormais étendu par la jurisprudence à tous les contrats dans lesquels interviennent un tiers préposé ou substitut du professionnel pour l'exécution desdits contrats. Ces contrats se retrouvent aussi dans l'univers du cybercommerçant. La responsabilité du débiteur contractuel pour le fait des personnes qu'il se substitue ou s'adjoit dans l'exécution du contrat s'applique aisément aux contrats du cybercommerçant. En dépit de tout cela, le législateur a élaboré des règles spéciales, admettant la responsabilité de plein droit du cybercommerçant, qui reprennent les dispositions du régime de la responsabilité du fait d'autrui.

II- Un régime de responsabilité repris par les règles spéciales

702. Le régime de responsabilité de plein droit du cybercommerçant, reprend les termes de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui en général et particulièrement le régime de la responsabilité des agences de voyages dans le cadre de la vente de forfaits touristiques. Le régime de la responsabilité des agences de voyage a servi de modèle à la rédaction de la responsabilité de plein droit du cybercommerçant. Il s'agit de permettre au

⁶⁵³ Cass. 3^e civ., 9 sept. 2009, Rev. des contrats 2010.70, note S. Carval

cocontractant du cybercommerçant d'avoir un interlocuteur unique qui portera la responsabilité de tout incident ayant pu ponctuer la chaîne des opérations nécessaires à l'exécution du contrat.

Il ressort de cela que la règle spéciale n'ajoute rien de plus à la règle existante. Il y a de ce fait une identité du contenu du régime (A). Toutefois, la particularité de la responsabilité du cybercommerçant est qu'elle s'applique à tous les contrats. Il y a une extension légale du domaine d'application de la responsabilité du fait d'autrui (B).

A- L'identité du contenu du régime

703. L'article 15 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique s'inspire du régime applicable aux agences de voyages dans le cadre de la vente de forfaits touristiques. L'article 23 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente des voyages ou de séjours⁶⁵⁴ se voit ainsi transposé aux contrats conclus à distance par voie électronique. Du coup, la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 prévoit bien une hypothèse de responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Il y a de ce fait reprise des dispositions existantes tant au niveau du principe qu'au niveau des causes d'exonération.

704. En premier lieu, le principe est énoncé par l'article 15-I, alinéa 1^{er} de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui dispose que *« toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci »* et l'article 15-II, alinéa 1^{er} en ces termes : *« Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci »*.

D'abord, il s'agit d'une fidèle copie des termes de l'article 23, alinéa 1 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente des voyages ou de séjours qui dispose que : *« Toute personne physique ou morale qui se*

⁶⁵⁴ JORF n° 162 du 14 juillet 1992, p. 9457

livre aux opérations mentionnées à l'article 1^{er} est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ».

Ensuite, il est certain que ces articles mettent en œuvre une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui est un principe de responsabilité relevant du droit commun. Le débiteur étant contractuellement responsable du fait des personnes qu'il s'adjoit ou se substitue dans l'exécution du contrat⁶⁵⁵. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 12 septembre 2013, a fait application de la responsabilité du fait d'autrui, dans le cadre d'un contrat conclu sur Internet, pour retenir la responsabilité de IKEA, vendeur de meubles à distance, en ces termes : *« Dès lors que la société meuble IKEA France a été avisée dès le 20 mars 2009 des contraintes de livraison imposant l'aide d'un engin élévateur et que le transporteur, prestataire de service auquel elle a recours pour l'exécution des obligations résultant du contrat de vente conclu à distance n'est pas un tiers au contrat au sens de l'article L. 120-20-3 du Code de la consommation, elle est responsable du retard apporté à l'exécution de son obligation de délivrance »*⁶⁵⁶.

705. En deuxième lieu, le législateur a prévu des causes exonératoires de toute responsabilité afin de ne pas faire peser une responsabilité absolue sur la tête du cybercommerçant. Les alinéas 2 des articles 15-I et 15-II de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, disposent que le cybercommerçant *« peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure »*.

D'une part, il y a une reprise des termes de l'article 23, alinéa 2 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente des voyages ou de séjours qui dispose que : *« Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable à l'acheteur, soit au fait imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure »*

⁶⁵⁵ Mireille BACACHE, Les nouveaux défis de la responsabilité : l'article 15 de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ? in Les nouveaux défis du commerce électronique, (dir. Judith FOCHFELD), LGDJ 2010, p. 31 et s.

⁶⁵⁶ CA Paris, pôle 4, 9e ch., 12 sept. 2013, n° 11/10899, P. c/ SNC Meubles IKEA France, note Anne DEBET, Comm. com. électr., déc. 2013, comm. 124, p. 26 ; Anne DEBET, La responsabilité de plein droit du vendeur à distance et le retard de livraison, Comm. com. électr., déc. 2013, comm. 124, p. 26

D'autre part, les causes d'exonération sont la faute de la victime, la force majeure et le fait d'un tiers étranger au contrat. En pratique, la loi n'ajoute rien de plus que les causes exonératoires prévues par le droit commun⁶⁵⁷. Dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, le débiteur, est tenu de répondre du fait de ses auxiliaires et substituts comme s'il avait agi lui-même, pourra invoquer, pour se libérer, les causes d'exonération qui lui auraient permis d'échapper à sa responsabilité s'il n'avait pas eu recours à un tiers pour exécuter son obligation. En revanche, il n'est pas admis à se prévaloir d'autres causes d'exonération. L'intervention du tiers ne doit en effet, ni alourdir, ni alléger l'étendue de ses obligations et de ses responsabilités⁶⁵⁸. L'illustration peut être donnée par l'article 1792 du Code civil : « *Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendant impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère* » ; et par l'article 1245 du Code civil : « *Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont intervenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure* ».

706. En somme, le contenu du régime de la responsabilité de plein droit est énoncé par la règle spéciale à travers les articles 15-I et 15-II de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. La règle spéciale reprend de manière identique les termes de l'article 23 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente des voyages ou de séjours, tant dans son principe que dans les causes d'exonération. Le régime de la responsabilité de plein droit traduit dans l'univers du cybercommerçant, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Or, la responsabilité du fait d'autrui relevant du droit commun, s'applique aisément dans l'univers du cybercommerçant. Donc, la règle spéciale ne saurait être justifiée ; elle est de ce fait inutile. En outre, la règle spéciale étend le domaine d'application de la responsabilité du fait d'autrui.

⁶⁵⁷ Benoît TABACA, Retour sur les premières applications de la responsabilité de plein droit aux acteurs du commerce électronique, RLDI 2006/13, n° 380

⁶⁵⁸ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN et Jacques GHESTIN (Dir.) Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité, précité, n° 834, p. 1064

B- L'extension légale du domaine d'application

707. Le régime de responsabilité du cybercommerçant se situant dans le champ du commerce électronique est réglé par l'article 15 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui admet la responsabilité de plein droit. Cet article étend le domaine d'application de la responsabilité du fait d'autrui à tous les contrats conclus sur Internet indépendamment de la qualité du cocontractant. Il se décompose en deux paragraphes couvrant les relations avec les consommateurs et les relations avec les professionnels.

708. Dans un premier temps, l'article 15-II, alinéa 1^{er} de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, vise les relations entre le cybercommerçant et les consommateurs en ces termes : « *Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ». Ces dispositions codifiées au départ à l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation figurent désormais à l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation⁶⁵⁹. L'article 15-II a introduit deux alinéas supplémentaires au sein de l'ancien article L. 121-20-3 du Code de la consommation, relatifs aux contrats conclus à distance. L'application de la responsabilité de plein droit dans les relations avec les consommateurs vise tous les contrats et les dispositions sont d'ordre public.

D'abord, cette disposition a un caractère d'ordre public, car insérée dans le Code de la consommation. L'objectif de cette disposition est de permettre au consommateur de n'avoir qu'un seul interlocuteur, le cybercommerçant avec lequel il a contracté, en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution du contrat. Le cybercommerçant ne peut se dégager de sa responsabilité en renvoyant le cocontractant vers un autre prestataire.

Ensuite, la responsabilité de plein droit s'applique à tous les contrats conclus sur Internet : les contrats d'entreprise, le bail immobilier, etc. La remarque que nous pouvons faire est que si l'intention du législateur était de réagir à la seule question des contrats dont l'exécution

⁶⁵⁹ Article L. 121-19-4 nouveau du Code de la consommation : « *Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre eux. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure* »

suppose l'intervention de plusieurs prestataires, la règle spéciale embrasse bien au-delà. C'est non seulement ce genre de contrats mais toute vente et toute fourniture d'une prestation de service, c'est-à-dire finalement tout contrat spécial quelque élémentaire qu'il soit, qui voit son régime évoluer. C'est le cas des contrats qui ne font pas intervenir un tiers préposé ou substitut du cybercommerçant comme ceux portant sur le téléchargement de fichiers ou de logiciels. Ainsi, leur régime évolue de manière apparemment très large puisque toutes les obligations résultant de ces contrats sont formellement couvertes par la responsabilité de plein droit. L'innovation signifierait qu'il n'y a plus d'obligations de moyens dans les contrats électroniques. Or les obligations de moyen sont nombreuses comme la bonne foi, la sécurité. Cette différence de traitement entre le commerçant traditionnel et le cybercommerçant est absurde⁶⁶⁰. En pratique, la responsabilité de plein droit ne modifie pas la teneur des obligations issues du contrat. Celles-ci restent de résultat ou de moyens selon la nature du contrat en cause. Par conséquent, la règle spéciale est inutile.

709. Dans un deuxième temps, la responsabilité de plein droit s'applique dans les relations avec l'acheteur. L'article 15-I, alinéa 1^{er} de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique envisage le commerce en général. Il dispose que *« toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci »*. Le mécanisme de la responsabilité de plein droit est introduit par l'article 15-I de façon générale en droit du contrat et pas seulement en droit de la consommation. Il s'impose désormais dans les contrats conclus avec les acheteurs⁶⁶¹. Toutefois, le professionnel du commerce électronique peut y déroger par une disposition expresse du contrat.

D'une part, le législateur a décidé d'étendre ce système de responsabilité de plein droit au bénéfice des acheteurs qui ne sont pas exclusivement des consommateurs. La formule est étrange en ce sens que l'article 15-I ne vise que les acheteurs, qualité qui renvoie au contrat de vente, alors que l'article 15-II inséré dans le Code de la consommation s'applique à tous les contrats conclus à distance. Faut-il voir une faveur faite à la vente en général ? Rien n'est moins certain, car les travaux parlementaires prouvent que les parlementaires confondent la vente et le contrat d'entreprise⁶⁶². L'acheteur lui n'est pas défini et peut intégrer un

⁶⁶⁰ Philippe STOFFEL-MUNCK, LCEN : La réforme des contrats du commerce électronique, précité

⁶⁶¹ Olivier CACHARD, Définition du commerce électronique et loi applicable, précité

⁶⁶² Voir Emmanuel DREYER, La responsabilité des internautes et éditeurs de sites de site à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Légipresse 2004, n° 214, chron. p. 91 ; Christine HUGON, La

professionnel. Cette disposition protectrice du consommateur s'étend au professionnel. La généralisation de la responsabilité de plein droit, du droit de la consommation aux relations entre professionnels par l'article 15-I, appelle plus de réserve.

D'autre part, malgré sa formulation générale, il n'y a pas d'indice net de son caractère impératif, car cette disposition n'est codifiée nulle part. A l'inverse des dispositions du Code de la consommation, cette disposition n'est pas d'ordre public, le cybercommerçant peut donc y déroger à travers les clauses limitatives de responsabilité ou les clauses définissant le champ des obligations assumées par le cybercommerçant. Il peut donc définir dans les contrats avec les professionnels, la nature et l'étendue de ses obligations, à peine d'encourir la responsabilité générale de plein droit prescrite par le texte⁶⁶³.

710. En résumé de la première section, nous pouvons affirmer que les règles spéciales relatives au formalisme informatif et à la responsabilité de plein droit sont inutiles car elles ne font que reprendre les dispositions régissant respectivement le formalisme informatif et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Ces dispositions élaborées avant l'avènement du commerce électronique sont contenues dans les différents codes et s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. En outre, les règles spéciales créent des incertitudes à travers l'extension du domaine d'application. Cette extension a des conséquences sur le domaine de protection et entraîne une distorsion de concurrence au détriment du cybercommerçant qui supporte des obligations plus lourdes. Le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit s'appliquent à tous les cybercommerçants quel que soit le contrat contrairement aux commerçants traditionnels. Tous les acheteurs ou utilisateurs du réseau numérique, qu'ils soient consommateurs ou professionnels, sont *a priori* protégés par ces règles spéciales, qui soulèvent de délicates questions d'interprétation. La reprise des règles existantes et l'extension de leur domaine d'application vont susciter des problèmes⁶⁶⁴. L'on ne voit guère d'utilité à ces règles spéciales qui ne font que reprendre les

responsabilité des acteurs de l'internet dans la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats, Conc. cons., n° 11, nov. 2004, p. 7

⁶⁶³ Philippe STOFFEL-MUNCK, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, précité ; Olivier CACHARD, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, RLDC, sept. 2004, n° 314 ; Cyril ROJINSKY et Guillaume TEISSONNIÈRE, L'encadrement du commerce électronique par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : Principes généraux, JCP G 2004, Actualité, n° 405, p. 1457-1459, précité

⁶⁶⁴ Ces problèmes seront abordés dans le Chapitre suivant relatif à l'inefficacité des règles spéciales. Voir *infra* n° 793 et s.

dispositions existantes qui régissent les relations contractuelles. Il en est de même des règles spéciales qui régissent les relations extracontractuelles.

Section 2- Les relations extracontractuelles

711. Les contenus illicites se sont accrus dans l'environnement du cybercommerçant, et le paroxysme a été atteint avec l'utilisation du logiciel pair à pair dans le cadre des téléchargements illicites. Les règles ordinaires de responsabilité civile et pénale s'appliquent aux auteurs des infractions. Toutefois, la principale difficulté réside dans le fait de pouvoir les identifier et les localiser compte tenu de la dépersonnalisation qui favorise l'anonymat. Les victimes se retournent donc contre les intermédiaires (connus et solvables) qui hébergent ces sites en vue d'obtenir réparation. Le législateur a dû intervenir pour élaborer des règles spécifiques relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques, et au téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair.

La responsabilité des intermédiaires a été reformulée par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Elle retient le principe de leur immunité tant en matière civile qu'en matière pénale. Cette immunité peut cependant être écartée dans certaines circonstances ; ce qui les place en situation d'irresponsabilité conditionnelle. Le législateur a voulu rassurer ces professionnels en décidant de les soustraire, dans certains cas, de la responsabilité civile et pénale. La responsabilité de droit commun subsiste, par conséquent, en présence d'une faute caractérisée⁶⁶⁵.

L'usage des réseaux pair à pair cause des difficultés et l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle est massive. Malgré, l'existence des dispositions générales concernant la contrefaçon, qui s'appliquent aisément et efficacement dans l'univers du cybercommerçant, le législateur a élaboré plusieurs règles spéciales successives pour lutter contre le téléchargement illégal dans le cadre des échanges de fichiers pair à pair. Ces règles s'appliquent à l'utilisateur du logiciel et aux fournisseurs de moyens que sont l'éditeur de logiciel et l'abonné à Internet. Cependant, le constat est que ces règles spéciales reprennent les dispositions existantes relatives à la responsabilité de droit commun et à la contrefaçon. Il ressort de cela l'inutilité des règles spéciales relatives à la responsabilité pour faute caractérisée (Paragraphe 1) et au téléchargement illégal par échange de fichier pair à pair (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- La responsabilité pour faute caractérisée

712. La responsabilité pour faute caractérisée est régie par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui transpose l'article 14-2 de la

⁶⁶⁵ Pascal OUDOT, L'internet et la responsabilité civile, Gaz. Pal. 31 oct. 2007, n° 304, p. 2-6

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique. Ses articles 6-I, 2 et 6-I, 3 affirment que les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité civile et pénale engagée « *du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elle n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée* ». Aussi, le gouvernement a tenu à préciser avant l'examen du texte par le Conseil constitutionnel, que « *l'article 6 ne définit pas des cas nouveaux d'engagement de la responsabilité civile ou pénale des prestataires. Au contraire, il détermine des cas dans lesquels les prestataires sont exonérés de toute responsabilité* »⁶⁶⁶.

D'abord, la règle spéciale ne crée pas de nouvelles responsabilités, elle ne fait que réaffirmer les responsabilités du droit commun à savoir la responsabilité civile et la responsabilité pénale. Ensuite, elle détermine des causes d'exonération de responsabilité justifiées par le fait qu'il n'est mis à la charge de l'hébergeur aucune obligation générale de surveillance. Il s'agit d'un régime d'irresponsabilité conditionnelle marquée par l'absence d'obligation générale de surveillance. L'on soustrait l'hébergeur de la responsabilité de droit commun dans certaines circonstances, en prenant en compte le fait qu'il n'ait pas accès au contenu illicite. C'est un régime dérogatoire fondé sur la nécessité de constituer le professionnel en faute, ce que l'on appelle faute caractérisée. Cette orientation avait été déjà prise par les juges⁶⁶⁷ avant l'avènement des règles spéciales. Toutefois, la succession des règles spéciales va renforcer les obligations particulières de surveillance, rendant ainsi illusoire l'irresponsabilité conditionnelle fondée sur l'absence d'obligation générale de surveillance.

Il ressort de cela, le caractère superflu des règles spéciales, car le législateur crée un régime d'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur qui semble illusoire (I) et il réaffirme par ailleurs, la responsabilité de droit commun (II).

⁶⁶⁶ Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, JORF, 22 juin 2004, n° 143, p. 11193

⁶⁶⁷ T. com. Paris, 7 mai 1999, SA Electr c/ SARL TI communication et SARL Marotex, disponible sur www.legalis.net : « *Aucune disposition n'impose à l'hébergeur de vérifier le contenu des informations dont il permet la circulation* » ; CA Versailles, 8 juin 2000, Sté Multimania c/ L. Lacoste, comm. com. électr. juill.-août 2000, comm. n° 81, note J-Ch Galloux ; Expertises août-sept. 2000, p. 265 : L'hébergeur est tenu à une obligation de vigilance et de prudence, quant au contenu des sites hébergés, mais « *il n'appartient pas au fournisseur d'hébergement d'exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites* » ; TGI Nanterre, 24 mai 2000, UEJF c/ Multimania Production disponible sur www.legalis.net

I- Un régime d'irresponsabilité conditionnelle illusoire

713. Le principe qui gouverne les règles spéciales est que l'hébergeur n'a pas pour obligation de surveiller les informations qu'il stocke, ni de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. C'est pour cela qu'il ne saurait engager sa responsabilité civile et pénale du simple fait d'un contenu illicite. Toutefois, le paradoxe est que l'on affirme l'absence d'obligation générale de surveillance et en même temps l'on assiste à un renforcement des obligations des hébergeurs. Ces obligations visant à identifier et à lutter contre l'infraction. Cela suppose une surveillance, d'où l'existence d'obligations particulières de surveillance dont la violation est sanctionnée. Le renforcement des obligations particulières vient neutraliser l'absence d'obligation générale de surveillance des hébergeurs. Il remet ainsi en cause le régime d'irresponsabilité conditionnelle des hébergeurs et suscite des interrogations sur le bien-fondé des règles spéciales.

Ces règles spéciales sont inutiles car elles sont caractérisées par une simple proclamation de l'absence d'obligation générale de surveillance (A) et le renforcement des obligations particulières de surveillance (B).

A- La proclamation de l'absence d'une obligation générale de surveillance au profit de l'hébergeur

714. Le régime d'irresponsabilité conditionnelle est fondé sur l'absence d'une obligation générale de surveillance au profit de l'hébergeur. Il a été essentiel de donner le domaine d'application de la règle spéciale à travers la définition de l'hébergeur et les fondements de l'absence de l'obligation générale de surveillance.

715. Dans un premier temps, le régime spécifique de responsabilité est lié à la qualification d'hébergeur. C'est la raison pour laquelle le législateur a donné une définition de l'hébergeur. Les hébergeurs sont définis à l'article 6-I-2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique comme « *les personnes physiques ou morales qui assurent même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* ». Loin de concerner exclusivement les prestataires qui assurent une fonction purement technique d'hébergement

de données, nous assistons à une définition large de l'hébergeur qui permet d'intégrer les opérateurs du commerce électronique.

D'abord, les hébergeurs traditionnels tels que Free, Orange, etc., fournissent une prestation technique, consistant à stocker des données et à les rendre accessibles sur Internet. Il s'agit de fournir une structure qui assure le stockage d'informations en vue de leur mise à la disposition du public. L'hébergeur fournit les moyens informatiques de stockage des données et il n'intervient nullement sur leur contenu⁶⁶⁸.

Ensuite, de nouveaux hébergeurs ont fait leur apparition et s'impliquent fortement dans le commerce électronique. La définition accueillante de l'hébergeur permet d'appliquer cette qualification à ces nouveaux opérateurs de l'univers numérique. Il existe de ce fait de nombreuses activités qui se manifestent par le stockage de données. C'est le cas des activités des plates-formes de commerce en ligne comme e-Bay, Amazon, et autres, qui interviennent comme des intermédiaires, offrant aux internautes, professionnels et particuliers, la possibilité de rechercher, d'acheter et de vendre tous types de biens et services, neufs et d'occasion.

La Cour d'appel de Paris, le 6 mai 2009 a reconnu la qualité d'hébergeur des plates-formes en affirmant que le formatage et le réencodage sont des « *opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne ... la commercialisation d'espaces publicitaires, dès lors qu'elle n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne, n'est pas davantage de nature à justifier la qualification d'éditeur du service en cause* »⁶⁶⁹.

Le constat est que le développement de ces plates-formes de commerce a favorisé, à une échelle de préjudice considérable, la mise en ligne d'objets contrefaisants et de contenus illicites. Or, le régime spécifique de responsabilité lié à la qualification d'hébergeur a un impact sur les activités des intermédiaires tels que les portails, les places de marché, les courtiers et commissionnaires en ligne. Ces différents opérateurs ont en effet développé leur image et forgé leur succès, non pas sur leur capacité à fournir eux-mêmes les biens ou services, mais sur leur capacité à offrir aux internautes un éventail de biens et services fournis par des partenaires. De ce fait, les conditions générales de ces plates-formes excluent toute responsabilité pour inexécution de la prestation fournie par un tiers, et pour le contenu illicite des sites et informations hébergés. Elles demandent aux internautes d'engager directement la responsabilité des partenaires avec lesquels ces derniers ont été mis en relation. Ainsi, cette

⁶⁶⁸ Le tribunal considère que « *en permettant à son abonné de créer un site sur une page qu'elle met à sa disposition, la société Free a agi comme hébergeur... En effet, il n'est ni démontré ni même soutenu que la société Free a modifié le contenu de ce site, ou l'ait alimenté* » (TGI Paris, 3^e ch., 5 févr. 2008, Syndicat national de l'édition et autres c/ Sté Free et autres, disponible sur Legalis.net

⁶⁶⁹ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mai 2009, Lambert c/ Sté Dailymotion, RLDI 49, mai 2009, n° 1619, p. 61-63

logique d'intégration de services, justifiée par des impératifs commerciaux, se trouve en contradiction avec les conditions générales qui énoncent une stricte séparation des régimes juridiques applicables aux intermédiaires et à leurs partenaires⁶⁷⁰.

Il ressort de cela que la définition très large de l'hébergeur fournie par le législateur pose des difficultés dans la mise en application de la règle spéciale de responsabilité. La jurisprudence s'est trouvée confrontée à un problème de qualification, face à des intermédiaires dont l'activité est de plus en plus complexe, et qui revendiquent le statut d'hébergeur⁶⁷¹.

716. Dans un deuxième temps, le droit commun de la responsabilité délictuelle est partiellement écarté au profit d'un droit spécial plus adapté à l'activité de l'hébergeur. L'hébergeur ne fait que fournir les moyens techniques de stockage et de diffusion des données sans pouvoir techniquement en maîtriser le contenu. Cette immunité relative de l'hébergeur se manifeste par l'absence d'une obligation générale de surveillance. C'est pour cela que la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, commerce électronique soutient que : « *Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires pour la fourniture de services visés aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». Cette disposition est transposée en droit interne à l'article 6-I, 7 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui affirme que les hébergeurs « *ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». La responsabilité de l'hébergeur ne saurait donc être engagée du fait du contenu illicite. Cette règle vise à favoriser le développement du commerce électronique et à assurer l'équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux.

D'une part, l'absence d'obligation générale de surveillance se justifie par le souci de favoriser le développement du commerce électronique. En effet, la recherche active des faits ou circonstances révélant des activités illicites pourrait donner lieu à une censure préalable, y compris à l'endroit de contenus licites, par crainte de voir leur responsabilité mise en cause. Cette orientation constituerait un obstacle au développement du commerce électronique. Cela a été affirmé dans un arrêt du 12 décembre 2007, par la Cour d'appel de Versailles qui a rappelé que la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

⁶⁷⁰ Cyril ROJINSKY et Guillaume TEISSONNIÈRE, L'encadrement du commerce électronique par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JCP G 2004, Actualités, n° 405

⁶⁷¹ Les problèmes seront exposés au Chapitre 2, visant la responsabilité des plates-formes en ligne. Voir *infra* n° 821 et s.

*« instaure un régime de responsabilité propre aux hébergeurs pour favoriser (...) le développement des échanges sur Internet en évitant que, en raison des risques juridiques, ceux-ci soient amenés à censurer abusivement les propos, informations et discussions qu'ils hébergent afin de voir leur responsabilité engagée »*⁶⁷².

D'autre part, l'absence l'obligation générale de surveillance se justifie par la nécessité d'assurer l'équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans une décision en date du 24 novembre 2011⁶⁷³, a souligné que le droit de la propriété intellectuelle doit se concilier avec la liberté d'entreprendre dont jouissent les opérateurs, le droit à la protection aux données à caractère personnel ainsi que la liberté d'information. La protection du droit de la propriété intellectuelle ne justifie pas de porter atteinte aux autres droits fondamentaux garantis par la Charte européenne. C'est pour cela que la CJUE affirme d'abord que *« la mise en place d'un système informatique complexe, coûteux, permanent »* est à la fois contraire aux dispositions expresses de l'article 3, paragraphe 1 de la Directive 2004/48 *« qui exige que les mesures ne soient pas inutilement complexes et coûteuses »* ainsi qu'à la liberté d'entreprendre. Ensuite, elle estime qu'un filtrage généralisé est de nature à porter atteinte au droit à la protection des données à caractère personnel des clients protégés par l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Enfin, elle relève que la mise en place d'un tel système de filtrage *« impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites ... »* et violerait la liberté d'information des clients, car il *« risquerait de ne pas distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner un blocage des communications »*

717. En définitive, la règle spéciale ne crée pas de nouvelles responsabilités mais de nouvelles exonérations de responsabilité. La règle spéciale est fondée sur l'absence d'une obligation générale de surveillance au profit de l'hébergeur. Le législateur a d'abord défini l'hébergeur. Toutefois, la définition très large de l'hébergeur qui permet d'y inclure certains cybercommerçants, pose des difficultés dans la mise en application de la règle spéciale. Ensuite, l'absence de l'obligation générale de surveillance se justifie par le fait qu'elle vise à favoriser le développement du commerce électronique et à assurer l'équilibre entre le droit de

⁶⁷² CA Versailles, 14^e ch., 12 déc. 2007, Sté Les Arnaques.com et autres c/ Sté Editions régionales de France, cité par Emmanuel DERIEUX et Agnès GRANCHET, Lutte contre le téléchargement illégal : Lois DADVSI et HADOPI, éd. Lamy, 2010, n° 111, p. 51

⁶⁷³ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, RLDI 2011/77, n° 77, précité

la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux. Le régime d'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur est fondé sur l'absence d'une obligation générale de surveillance de l'hébergeur. Cependant, nous assistons au renforcement des obligations particulières de surveillance.

B- Le renforcement des obligations particulières de surveillance

718. L'article 15, I de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique prévoit la possibilité pour les États membres d'instaurer une obligation à la charge des « prestataires de services de la société de l'information » d'informer promptement les autorités publiques d'activités illicites ou d'informations illicites et une obligation de communiquer les informations permettant d'identifier les destinataires de leur service. En outre, le Considérant 47 de ladite Directive indique que l'interdiction d'une obligation générale de surveillance « *ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique* » et « *ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale* ». Sur le fondement de ces dispositions, le législateur français a créé et renforcé les obligations particulières de surveillance dans le but de lutter contre les infractions⁶⁷⁴. En outre, à la suite du législateur, la jurisprudence a créé d'autres obligations particulières de surveillance. Il existe plusieurs obligations particulières qui sont sanctionnées que l'on pourrait se demander si l'hébergeur bénéficie d'une véritable absence d'obligation générale de surveillance. Au final, le régime des hébergeurs paraît s'épuiser à vouloir appréhender des situations qui n'étaient pas celles pour lesquelles il avait été élaboré et son évolution dans le durcissement des obligations peut inquiéter les hébergeurs. Il ressort de cela que l'absence d'obligation générale de surveillance est confrontée au renforcement des obligations particulières de surveillance tant par le législateur que par la jurisprudence.

719. Dans un premier temps, le renforcement des obligations par le législateur s'est traduit par la création d'obligations d'identification des auteurs de l'infraction et d'obligations de lutte contre les infractions.

D'abord, l'obligation d'identification des auteurs de l'infraction est régie par l'article 6, II de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui impose

⁶⁷⁴ Luc GRYNBAUM, LCEN. Une immunité relative des prestataires de service internet, Comm. com. électr., sept. 2004, études 28, p. 39

aux hébergeurs de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus du service dont ils sont prestataires. Cet article prévoyait l'adoption d'un décret d'application. Le Décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne, vient préciser la nature des données que les fournisseurs d'accès à Internet et les fournisseurs d'hébergement doivent conserver pendant un an et communiquer à la demande des autorités publiques, afin de coopérer dans la lutte contre les contenus illicites diffusés sur Internet⁶⁷⁵. L'identification consiste à révéler le nom et prénom pour la personne physique, et pour la personne morale, ses raison sociale, forme, siège social, ainsi que l'adresse IP. La violation de l'obligation de conservation et de communication des données est sanctionnée aux articles 6-VI. 1 et 6-VI. 2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, par une amende de 75 000 euros et d'un an d'emprisonnement. Toutefois, cette obligation d'identification n'est pas apparue avec le commerce électronique. Elle existait déjà en son principe à l'article 43-9 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, modifiée par la Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 avant d'être reprise par l'article 6-II de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁶⁷⁶.

Ensuite, les obligations de lutte contre les infractions se traduisent par l'obligation de retirer le contenu illicite et l'obligation de mettre en œuvre des mesures de filtrage.

L'obligation de retirer le contenu illicite dont ils auraient connaissance est régie par l'article 6, I, 2 et 3 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. L'obligation de mise en place d'un dispositif de signalement du contenu odieux et des jeux d'argent est régie par l'article 6, I, 7 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui affirme que les hébergeurs doivent encourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième (apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) et huitième (provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale), alinéas de l'article 24 de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-23 du Code pénal (réalisation, détention ou diffusion de l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique). Les hébergeurs doivent mettre en place un dispositif facilement accessible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de

⁶⁷⁵ Voir Stéphane GRÉGOIRE, Le décret du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Premières lectures d'un décret attendu six ans..., RLDI 2011/70, n° 2324 ; Céline CASTETS-RENARD, Publication du décret d'application relatif à la conservation et à la communication des données d'identification à la charge des prestataires techniques : enfin !, RLDI 2011/70, n° 2323

⁶⁷⁶ Luc GRYNBAUM, Loi « confiance dans l'économie numérique : une version définitive proche de la version originale de la Directive « commerce électronique, Comm. com. électr. juin 2004, comm. 78, p. 38

données. Ils doivent informer les autorités publiques compétentes de telles activités qui leur seraient signalées et qu'exerçaient les destinataires de leurs services. Ils doivent rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre ces activités illicites. En outre, la Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne impose aux hébergeurs de collaborer à la poursuite des sites illicites.

Le législateur aborde désormais Internet sous l'angle technique du filtrage, signant là un aveu d'impuissance de la réponse juridique. En outre, le renforcement des obligations d'identification et de filtrage trouve sa source exclusivement en droit national, ce qui interroge sur l'effectivité de l'harmonisation des règles de responsabilité des prestataires⁶⁷⁷.

720. Dans un deuxième temps, la jurisprudence a renforcé les obligations à travers une interprétation extensive de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique en son l'article 6, II, relative à l'obligation de conservation des données et en son article 6, I, 2 relative à l'obligation de retrait.

D'une part, en ce qui concerne l'obligation de conservation des données, la jurisprudence admet que l'hébergeur est tenu de vérifier le sérieux des informations données à propos de l'identité des dizaines de milliers d'internautes qui interviennent sur la plate-forme. L'adresse IP n'est pas suffisante en ce qu'elle ne permettrait pas d'identifier directement l'hébergé. Il est demandé à l'hébergeur d'être plus diligent dans la collecte d'informations relatives à l'identité de l'hébergé et d'être en mesure de fournir des données du monde matériel. Ainsi, les juges n'hésitent pas à sanctionner l'hébergeur qui n'aurait pas eu le réflexe des informations qui paraissent manifestement fantaisistes. Les hébergeurs sont passibles de sanctions si les données collectées présentent un caractère fantaisiste. C'est ce que retient la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 7 juin 2006 en ces termes : « *Considérant que les coordonnées fantaisistes d'identification déclarées telles que Nom : Bande, Prénom : Dessinée ou encore adresse : rue de la BD, auraient dû manifestement attirer l'attention de la société appelante ; (...) la société Tiscali Media a commis une négligence, au sens de l'article 1383 du Code civil, et dès lors, engagé sa responsabilité délictuelle* »⁶⁷⁸. Cette décision est critiquable.

D'autre part, la jurisprudence admet que l'obligation de retrait du contenu illicite à la suite d'une notification entraîne une obligation d'empêcher toute nouvelle mise en ligne. Elle crée de ce fait, une nouvelle obligation qui consiste à veiller à ce que le trouble ne se reproduise

⁶⁷⁷ Céline CASTETS-RENARD, Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, D. 2012, p. 827

⁶⁷⁸ CA Paris, 4^e ch., sect. A, 7 juin 2006, Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, RLDI 2006/17, n° 510, disponible sur www.legalis.net

plus. Le fait d'imposer à l'hébergeur une obligation de suppression automatique des contenus futurs, constitue une mesure de surveillance généralisée au caractère disproportionnée. On mesure donc que s'agissant du régime juridique applicable, les tribunaux ont fait évoluer le contenu des obligations imparties aux hébergeurs. Ce régime était fondé sur une certaine neutralité du prestataire relevant du statut d'hébergeur. Il faut observer que la jurisprudence impose au prestataire d'être non seulement réactif, mais aussi très actif. C'est ainsi que le prestataire devra prendre certaines initiatives et moyens pour en certains cas, prévenir le dommage⁶⁷⁹. C'est ce que retient le 19 octobre 2007, le Tribunal de grande instance de Paris en ces termes : « *Informé du caractère illicite du contenu en cause pour la première notification, il lui appartenait de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion* »⁶⁸⁰. En outre, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 14 janvier 2011⁶⁸¹ avait estimé que les sociétés Google Inc. et Google France, qui n'avaient pas accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible une nouvelle mise en ligne du film « L'affaire Clestream », déjà signalée comme illicite, ne pouvaient se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 6-I.2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, et avaient par conséquent engagé leur responsabilité à ce titre. Les moyens dont il est question sont relatifs aux mesures techniques de filtrage. C'est la raison pour laquelle ces décisions sont critiquables, en ce qu'elles ajoutent une obligation particulière de surveillance non prévue par les textes. C'est donc à tort qu'est retenue la responsabilité de Google pour n'avoir pas procédé à un tel contrôle, visant à filtrer l'ensemble des contenus qu'il héberge.

Sur le fondement de l'obligation faite aux hébergeurs de retirer le contenu illicite dont ils ont connaissance, le juge français a créé une obligation prétorienne qui vient s'ajouter aux règles spéciales dans le but d'intensifier la lutte contre la contrefaçon sur les plates-formes en ligne. Heureusement que les précisions apportées par la Haute juridiction viennent mettre fin à une jurisprudence critiquable. Il n'existe une obligation de retrait que quand le contenu litigieux a été notifié à l'hébergeur, mais pas d'obligation d'empêcher la remise en ligne. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2012 l'a admis en ces termes : « *En se prononçant ainsi, quand la prévention imposée aux sociétés Google pour empêcher toute nouvelle mise en ligne des vidéos contrefaisantes, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement*

⁶⁷⁹ Pierre SIRINELLI, La responsabilité des prestataires de l'internet : l'exemple des sites contributifs, RLDI 2009/49, n° 1645, Supplément au n° 49, p. 78

⁶⁸⁰ TGI Paris, 3^e ch., 19 oct. 2007, Zadig Productions et a. c/ Google Inc., Afa ... CA Paris, Disponible sur www.legalis.net

⁶⁸¹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 janv. 2011, disponible sur www.legalis.net

connaissance de son caractère illicite et de sa localisation et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la Cour d'appel a violé les dispositions susvisés »⁶⁸²

721. En somme, la règle spéciale d'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur est fondée sur l'absence d'obligation générale de surveillance. Cependant, cette absence d'obligation générale de surveillance subit les assauts des obligations particulières de surveillance de la part du législateur et de la jurisprudence. Il est difficile de faire le départ entre l'absence d'obligation générale de surveillance et le renforcement des obligations particulières de surveillance. On peut comprendre que la recrudescence des activités illicites a amené le législateur à vouloir responsabiliser les intermédiaires techniques au détriment de la logique qui fonde leur irresponsabilité. Toutefois, il n'est pas judicieux d'ériger l'hébergeur en juge de l'illicite sur Internet à travers le renforcement des obligations particulières de surveillance. Le dispositif légal n'est pas entièrement satisfaisant, d'où la remise en cause des règles spéciales. En outre, la règle spéciale de responsabilité pour faute caractérisée réaffirme la responsabilité de droit commun au cas particulier de l'environnement du cybercommerçant.

II- Un régime réaffirmant la responsabilité de droit commun

722. L'article 6-I. 2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, loin de constituer un nouveau régime de responsabilité, n'est finalement qu'une précision des modalités de mise en jeu de la responsabilité civile et pénale de l'hébergeur. Dans les autres hypothèses, le recours aux mécanismes usuels de la responsabilité civile et pénale reste de mise⁶⁸³. Qu'il soit hébergeur ou non, l'opérateur est tenu d'une obligation de diligence dont l'étendue varie selon qu'il interfère ou non sur le

⁶⁸² Cass. civ., 12 juil. 2012, obs. Lionel COSTES, RLDI 2012/85, n° 2866 ; Céline CASTET-RENARD, Hébergement et contrefaçon en ligne : clarification du droit de la responsabilité sur l'internet, D. 2012, n° 2075

⁶⁸³ François-Xavier BOULIN et Julien LE CLAINCHE, Prestataires de services Internet : fondements d'une responsabilité, note sous TGI Strasbourg, 19 mai 2005, RLDI nov. 2005, p. 27-29

contenu⁶⁸⁴. Les règles spéciales sont superflues car elles réaffirment la responsabilité de droit commun à savoir la responsabilité civile (A) et la responsabilité pénale (B).

A- La responsabilité civile

723. L'article 6, I, 2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique réaffirme la responsabilité civile de droit commun en disposant que *« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, de stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée »*. La règle spéciale met en évidence deux situations. La première situation est le fait que l'hébergeur ait connaissance du contenu illicite et ne fasse rien pour l'empêcher : faute de négligence d'où l'application de l'article 1383 du Code civil. La deuxième situation est le fait que l'éditeur du contenu agisse sous l'autorité et le contrôle de l'hébergeur, il y a faute personnel ou du fait d'autrui d'où l'application de l'article 1382 ou de l'article 1384 du code civil.

724. Dans une première hypothèse, la règle spéciale fait application de l'article 1383 du Code civil dans l'univers du cybercommerçant. Elle retient que la responsabilité pour faute de négligence est soumise à deux conditions : la connaissance du caractère illicite du contenu et l'absence de réaction prompte.

Le régime d'irresponsabilité conditionnelle est fondé sur l'ignorance du contenu hébergé, mais dès le moment où l'hébergeur en a connaissance, il doit agir promptement pour retirer le contenu illicite ou en rendre l'accès impossible. Pour faciliter cette connaissance, l'article 6, I, 2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit une notification régulière faite sur réquisitions judiciaires et qui définit le contenu illicite et sa

⁶⁸⁴ Myriam QUÉMÉNER et Jean-Paul PINTE, Cybersécurité des acteurs économiques : risques, réponses stratégiques et juridiques, éd. Lavoisier, Paris, 2013, p. 167

localisation. L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête à l'hébergeur toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage. Ce n'est qu'une simple application des articles 809 et suivants du Code de procédure civile.

En outre, la loi française a créé un mécanisme par lequel il est aussi possible d'avertir l'hébergeur de l'existence d'un contenu illicite afin d'obtenir son retrait, à travers l'article 6. I. 5 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁶⁸⁵. Pour éviter des abus, l'article 6.4 de ladite loi affirme que : « *Le fait pour toute personne, de présenter aux (fournisseurs d'hébergement) un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». L'article 6-I-2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique faisant peser sur les fournisseurs d'hébergement une obligation de supprimer les contenus illicites. Le problème peut se poser sur l'appréciation du caractère licite ou illicite d'un contenu. Sur ce point le Conseil constitutionnel a estimé dans sa décision du 10 juin 2004 que ces dispositions « *ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère* »⁶⁸⁶. Le fournisseur d'hébergement a l'obligation de retirer un contenu lorsqu'il ne fait pas de doute qu'il est illicite, lorsque son caractère illicite n'est pas discutable. Il n'est de ce fait pas juge, pour apprécier le caractère illicite ou pas d'un contenu. Selon la jurisprudence des juges du fond, le caractère manifestement illicite des informations litigieuses est la conséquence d'un manquement délibéré à une disposition de droit positif explicite et dénuée d'ambiguïté. Cela a été rappelé par la Cour d'appel de Paris, le 4 avril 2013 en ces termes : « *Considérant qu'en l'absence de trouble manifestement illicite caractérisé par les propos de l'article incriminé, et donc de contenu manifestement illicite, la société JFG Networks n'était pas tenue, en tant qu'hébergeur à une obligation de retrait prescrite par l'article 6-I, 2 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004* »⁶⁸⁷.

L'analyse de la responsabilité de l'hébergeur se fait au travers de sa diligence ou de sa négligence. L'abstention de sa part serait fautive et sa responsabilité pourra être engagée si cela cause un dommage. Il faut démontrer qu'il n'a pas été diligent après avoir eu connaissance du caractère illicite du contenu des sites hébergés. L'hébergeur qui n'a pas supprimé promptement un contenu manifestement illicite dont il avait connaissance effective

⁶⁸⁵ Cédric MANARA, Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 3 : La notification, outil de performance dans le commerce électronique, LPA n° 206, 15 oct. 2007, p. 3

⁶⁸⁶ Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496, JO, 22 juin 2004

⁶⁸⁷ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 4 avr. 2013, Disponible sur www.legalis.net

peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1383 du Code civil pour négligence. Cette solution n'est pas nouvelle et était déjà affirmée en jurisprudence⁶⁸⁸.

725. Dans une deuxième hypothèse, les règles spéciales mettent en relief l'action sur le contenu illicite, en admettant que « *lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée* », l'hébergeur ne peut bénéficier du régime spécial de responsabilité. Il est alors placé sous la responsabilité de droit commun. Les règles spéciales reprennent le dispositif qui fonde la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil et la responsabilité du fait d'autrui de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil. Elles sont de ce fait inutiles car elles n'apportent rien de nouveau.

Il ressort de cela que lorsque le contenu illicite a été créé par des personnes agissant sous l'autorité ou le contrôle de l'hébergeur, ce dernier ne pourra invoquer sa méconnaissance des activités ou des faits litigieux. La thèse de l'ignorance du contenu illicite ne peut prospérer. Ce texte fait une application de la responsabilité civile du droit commun dans l'univers du cybercommerçant. L'illustration peut être donnée à travers l'arrêt du 10 juin 2004 de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. En l'espèce, dans le cadre d'un contrat de vente de véhicule sur Internet auprès d'un vendeur qui a publié son annonce sur le site de l'hébergeur « La centrale ». Le véhicule s'est avéré ultérieurement inutilisable. Dans l'impossibilité de retrouver le vendeur du véhicule, l'acquéreur agit contre l'hébergeur « La Centrale ». Les conditions générales de l'hébergeur « La centrale » indiquait que l'annonce était rédigée par les services du journal, d'après les renseignements fournis par le vendeur, celui-ci devait les prendre directement sur sa carte grise, ce qui était censément contrôlé. En outre, la Charte de l'hébergeur indiquait que les annonces ne correspondant pas à l'éthique de « La Centrale », notamment celle des vendeurs dont les véhicules sont gravement accidentés, ne seraient pas publiées et toutes les annonces étant par ailleurs examinées. Il ressort au vu de toutes ces informations contenues dans les conditions générales de l'hébergeur « La centrale » que l'acquéreur était légitimement fondé à croire que le véhicule annoncé comme de première main l'était bien et qu'il n'avait pas, au surplus, subi de sinistre grave. C'est pour cela que la Cour de cassation cassant l'arrêt de la Cour d'appel, retient la responsabilité de la Centrale sur le fondement de l'article 1382 du code Civil ; en estimant que la faute de l'hébergeur consistait en un manquement à « ses engagements de contrôle », en ces termes : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'au regard des documents contractuels, la société, en laissant paraître une annonce comportant des mentions erronées sur le nombre des immatriculations*

⁶⁸⁸ TGI Paris, réf. 18 févr. 2002, Comm. com. électr. 2002, comm. 102, TGI Toulouse, réf. 5 juin 2002, Comm. com. électr. 2002, comm. 118 ; TGI Paris, 17 ch., 11 févr. 2003, Comm. com. électr. 2003, comm. 121

antérieures et désignant un véhicule qui avait été gravement accidenté, avait commis une faute ayant concouru au dommage subi par M. Tene, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé »⁶⁸⁹.

726. En définitive, la règle spéciale envisage deux situations qui permettent d'engager la responsabilité de l'hébergeur : la connaissance du contenu illicite suivie de l'absence de réaction prompte, et l'action sur le contenu illicite à travers l'exercice de l'autorité et du contrôle. En réalité, la règle spéciale ne crée pas de nouvelles responsabilités. Elle reprend les dispositions existantes pour les appliquer dans l'univers du cybercommerçant. C'est le cas de la responsabilité civile de l'article 1382 du Code civil d'une part et d'autre part des articles 1382 et 1384 du Code civil. Il en résulte le caractère inutile des règles spéciales qui n'apportent rien de nouveau à ce qui existait déjà dans le domaine de la responsabilité civile. Il en est de même pour la responsabilité pénale de l'hébergeur.

B- La responsabilité pénale

727. L'article 6, I, 3 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique réaffirme la responsabilité pénale en ces termes : « *Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible. L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée* ». Le dispositif de cet article 6-I, 3, peut être rapproché des mécanismes de la complicité et de la coaction. Le mécanisme de la complicité prévue par l'article 121-7 du Code pénal, permet d'incriminer celui qui a fourni sciemment son aide ou son assistance à la commission de l'infraction. Le mécanisme de la coaction dérive du régime applicable à l'auteur de l'infraction. Lorsqu'une infraction est le fait de plusieurs personnes, chacune d'elles peut avoir commis les éléments matériels et intellectuels prévus par la loi. Ces personnes sont qualifiées de coauteurs. En principe, la pluralité des participants est sans influence sur la responsabilité de l'auteur.

⁶⁸⁹ Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, David Tene c/ TraderCom France, note Ph. Stoffel-Munck, Comm. com. électr. Oct. 2004, comm. 117

La règle spéciale ne crée pas de nouvelles infractions, elle ne fait que réaffirmer les conditions de la responsabilité pénale de droit commun, d'où son inutilité.

728. En dehors du cas très particulier des infractions de presse, les intermédiaires ne pouvaient voir leur responsabilité pénale engagée, ni en tant que complice, ni en tant que co-auteur, à partir du moment où ils n'ont pas connaissance du caractère illicite du contenu. La complicité suppose une intention criminelle, laquelle ne peut être réalisée lorsque l'intermédiaire n'avait connaissance du caractère illicite du contenu. Quant à la qualité de co-auteur, elle implique un élément moral lequel est antinomique de l'absence de connaissance du caractère illicite de l'activité si ce n'est pour des infractions involontaires *a priori* difficiles à commettre dans l'univers du cybercommerçant⁶⁹⁰. L'intention coupable est mise en avant par le législateur par le principe d'intentionnalité des délits, prévu à l'article 121-3, alinéa premier, du Code pénal : « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Toutefois, le législateur ne définit pas l'intention même s'il emploie des termes qui se rapprochent de l'intention tels que « la fraude » (articles 311-1 et 323-3 du Code pénal), « la mauvaise foi » (article 226-15 du Code pénal), ou encore « les atteintes volontaires » (article 222-33-3 du Code pénal) ou « en connaissance de cause » (article 321-1 du Code pénal). L'intention réside dans l'attitude psychologique qui conduit à l'infraction. Cette volonté de commettre ou de participer à la commission doit exister.

729. Dans l'univers du cybercommerçant, cela passe aussi par la connaissance du caractère illicite du contenu. Il est donc logique sans avoir à créer une règle spéciale, que la responsabilité pénale des hébergeurs ne peut être engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible⁶⁹¹. L'hébergeur engage sa responsabilité pénale, en maintenant le contenu illicite, après notification, à travers l'absence de réaction prompte. Il manifeste de ce fait, une volonté évidente de participer au projet de l'auteur principal. Dans ce cas, il engage sa responsabilité en tant que complice de l'infraction, car l'élément moral existe. L'intention du délit résulte d'un acte volontaire, c'est-à-dire d'un acte conscient que le complice pouvait s'abstenir de

⁶⁹⁰ Christine HUGON, La responsabilité des acteurs de l'internet dans la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats, Conc. cons., n° 11, nov. 2004, p. 7

⁶⁹¹ Éric BARBRY, Le droit de l'internet est devenu au fil des années un « droit spécial », Gaz. Pal., 23 octobre 2010, n° 296, p. 14

faire, d'une abstention. Cela avait déjà été clairement rappelé par la jurisprudence⁶⁹² bien avant l'avènement du commerce électronique⁶⁹³.

L'illustration est donnée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 31 janvier 2012 qui a censuré un arrêt considérant que le producteur d'un site Internet qui permettait aux internautes d'échanger en ligne, s'était rendu coupable de diffamation du seul fait de sa qualité. La Cour de cassation retient que l'existence des messages sur le site est insuffisant, et qu'il était nécessaire de démontrer que le créateur du site « *avait eu connaissance, préalablement à leur mise en ligne, du contenu des messages émis par les utilisateurs, ou s'était abstenu d'agir quand il en avait eu connaissance* »⁶⁹⁴.

730. Pour résumer le paragraphe 1, nous pouvons affirmer que les règles spéciales admettent que les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité civile et pénale engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de services, s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Il s'agit d'une reprise des dispositions régissant la responsabilité civile et la responsabilité pénale de droit commun. Le régime de responsabilité a besoin de règles simples, claires et cohérentes. La dispersion et la diversité des textes et surtout la coexistence de règles spéciales à côté des règles générales n'y concourent pas, d'où l'inutilité des règles spéciales relatives à la responsabilité pour faute caractérisée. Cette inutilité des règles spéciales se manifeste aussi dans les règles régissant le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair.

Paragraphe 2- Le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair

731. Les réseaux Pair à Pair (*peer to peer* en anglais) ne sont pas illicites en soi. Ils constituent simplement un procédé technique, permettant de connecter des ordinateurs entre eux. Cette mise en connexion n'est pas interdite. En revanche, la mise en réseau engendre une circulation des données, laquelle peut s'avérer illicite selon la nature de ces données et

⁶⁹² Cass. crim., 10 avr. 1964, Bull. crim. n° 105

⁶⁹³ Sandrine ALBRIEUX, La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique, Légipresse avr. 2005, n° 220, II, p. 40-46

⁶⁹⁴ Crim. 31 janv. 2012, D. 2012. 548, obs. A. Astaix ; D. 2012. 1249 note C. Ravigneaux ; D. 2012. 2350, note P. Tréfigny ; Comm. com. électr. 2012, n° 43

favoriser la contrefaçon. Tel est par exemple le cas si les données échangées entre ordinateurs constituent des œuvres de l'esprit protégées. Ce nouvel usage illicite des œuvres sur Internet cause des difficultés et l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle est massive. Cela a des conséquences sur le commerce électronique. Le cybercommerçant peut être auteur ou victime de contrefaçon ou simplement les internautes peuvent craindre de conclure des contrats sur Internet si les activités illicites sont nombreuses.

L'usage des réseaux pair à pair est devenu un phénomène de société de grande ampleur, il était nécessaire d'assainir l'environnement du cybercommerçant en vue de favoriser le développement du commerce électronique. En dépit de l'existence des dispositions générales relatives à la lutte contre la contrefaçon qui s'appliquent aisément et efficacement dans l'univers du cybercommerçant, le législateur a cru bon de créer des textes spécifiques pour lutter contre le téléchargement illégal dans le cadre des échanges de fichiers pair à pair. Au départ, destinées à lutter contre le téléchargement illégal par échange de fichier pair à pair, les règles spéciales ont subi plusieurs modifications et ne visent plus uniquement le logiciel pair à pair, mais tous les logiciels. Le constat est que ces règles reprennent pour une grande part, les règles existantes relatives à la contrefaçon et à la responsabilité de droit commun. Il s'avère que ces règles spéciales sont superflues, car elles appliquent à l'utilisateur de logiciels pair à pair, des règles provenant du droit commun de la contrefaçon d'une part, (I) et d'autre part, aux fournisseurs de moyens des dispositions issues de la responsabilité de droit commun (II).

I- L'application à l'utilisateur de logiciels pair à pair de règles provenant du droit commun de la contrefaçon

732. L'encadrement juridique de l'échange pair à pair tient aux dispositions légales existantes qui le qualifient de contrefaçon et aux illustrations jurisprudentielles. L'échange illicite de fichiers par le logiciel pair à pair est une contrefaçon qui engage la responsabilité civile et pénale de son auteur. La règle spéciale retient cette même qualification. Toutefois, estimant que les sanctions des règles générales sont lourdes et inefficaces pour lutter contre le téléchargement illicite, le législateur s'est orienté, à travers la règle spéciale, vers l'allègement de ces sanctions. Or, la jurisprudence fait preuve d'un pragmatisme qui vise à alléger les sanctions résultant du téléchargement illicite dans le cadre de l'échange de fichiers pair à pair. Il ressort de cela que la règle spéciale n'apporte rien de nouveau car elle retient comme les règles générales que les pratiques de téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair

sont constitutives de contrefaçon (A) et elle reprend les sanctions admises par la jurisprudence (B).

A- Les pratiques de téléchargement illégal constitutives de contrefaçon

733. Le partage illicite de fichiers dans le cadre du pair à pair comporte deux aspects : le téléchargement et la mise à disposition. A l'aide de logiciel de pair à pair, l'internaute télécharge des œuvres protégées comme la musique, des vidéos, etc., sans l'autorisation des titulaires des droits et permet aux autres internautes de copier les fichiers qui figurent sur son poste. Cette pratique est régie par les règles générales qui la qualifient de contrefaçon en notant que l'internaute contrefacteur ne peut bénéficier de l'exception de copie privée. Cette même qualification est retenue par les règles spéciales qui s'inscrivent dans une démarche identique. Il en résulte le caractère superflu des règles spéciales.

734. Dans un premier temps, les règles générales qualifient les pratiques de téléchargement illégal par échanges de fichiers pair à pair de contrefaçon. Cette qualification est reprise par les règles spéciales.

D'abord, il existe des règles générales qui déterminent la qualification de la contrefaçon. La contrefaçon des droits voisins au droit d'auteur est régie par l'article L. 335-2 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que : « *Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de tout autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ». En outre, la contrefaçon du droit d'auteur est régie par l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle, en ces termes : « *Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit, en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* ». Les dispositions générales assurent la protection des œuvres de l'esprit. Les atteintes portées à ces droits, du fait d'une utilisation publique sans autorisation, sont constitutives de contrefaçon, quels que soient les moyens utilisés. La généralité des règles existantes marquée par l'indifférence du moyen permet d'y inclure l'utilisation du logiciel pair à pair en particulier, et de tout logiciel, en général.

La contrefaçon résulte de l'atteinte des prérogatives de l'auteur, à travers la reproduction de l'œuvre définie par l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui*

permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». La contrefaçon résulte aussi de la violation des droits à travers la représentation de l'œuvre, définie par l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque...* ». La nature du support et le caractère provisoire du support sont indifférents. Le caractère général de ces dispositions existantes permet leur application dans l'univers du cybercommerçant.

L'internaute offre, par l'intermédiaire du logiciel pair à pair, à l'ensemble des internautes, et donc à un public, les copies des œuvres stockées sur le disque dur de son ordinateur sans l'autorisation des titulaires de droits. Ces œuvres ont nécessairement été copiées pour être mises sur le réseau. Elles seront même copiées une seconde fois au moment de leur téléchargement sur l'ordinateur de la personne destinataire de l'œuvre. Or, une copie est une reproduction, prérogative du droit patrimonial de l'auteur, et toute reproduction réalisée sans l'autorisation de l'auteur doit être considérée comme une contrefaçon. La communication de l'œuvre protégée au public ou la diffusion de l'œuvre sur Internet est considérée comme une représentation, et en l'absence d'autorisation, il y a contrefaçon. Dès lors l'échange d'œuvres de l'esprit sur le réseau pair à pair, sans autorisation du titulaire des droits, est qualifié de contrefaçon par les règles générales qui s'appliquent aisément et efficacement dans l'univers du cybercommerçant.

Ensuite, les règles spéciales qualifient de contrefaçon, les pratiques de téléchargement illégal par l'utilisation de logiciel pair à pair. Il ressort de cela que les règles spéciales ne font que réaffirmer la qualification de contrefaçon retenue par les règles générales. Il en est ainsi de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (dite loi DADVSI) transposant la Directive n° 2001/29/CE. En outre, la Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon transpose la directive n° 2004/81/CE du 29 avril 2004 sur le respect de la propriété intellectuelle ; et la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet dite Loi Hadopi a été adoptée après une censure partielle du Conseil constitutionnel dans une décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. Cette Loi Hadopi a été complétée par une Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, dite Hadopi 2, relative à la protection pénale des atteintes à la propriété littéraire et artistique sur Internet. A ce niveau, les règles spéciales reprenant les dispositions générales, laissent apparaître leur inutilité.

735. Dans un deuxième temps, les règles spéciales vont confirmer la solution retenue par la jurisprudence dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception de copie

privée qui permet d'écarter la contrefaçon. Elle doit obéir à la licéité de la source et à l'usage privée.

Il est à rappeler que dans certains cas limitativement énumérés par l'article L. 122-5 du Code de propriété intellectuelle, l'autorisation de l'auteur pour la divulgation de son œuvre n'est pas impérative. Tels sont les cas visés pour la reproduction réservée à un usage privé, pour la représentation dans un cercle de famille, pour les courtes citations, pour les parodies, etc. Elles ont naturellement à jouer dans l'univers du cybercommerçant. Au nombre de ces exceptions, une est particulièrement sollicitée sur Internet : c'est l'exception de copie privée. Il a été question de savoir si l'acte de copie d'une œuvre issue d'un téléchargement illicite par échange de fichiers pair à pair relève ou pas de l'exception de copie privée. L'exception de copie privée est considérée non comme un droit, mais comme une simple limitation, d'interprétation stricte, au monopole d'exploitation⁶⁹⁵.

Dans le cadre du téléchargement illicite par échange de fichiers pair à pair, la copie n'est pas « *strictement réservée à l'usage privée du copiste et non destinée à une utilisation collective* » au sens de l'ancien article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, l'internaute qui a réalisé la copie, offre cette dernière à l'ensemble de la communauté des internautes qui utilisent le pair à pair. L'absence de contrefaçon se traduit par le fait que la source de la copie soit licite et exempte de toute atteinte aux titulaires de droits sur l'œuvre concernée. L'internaute ne peut donc bénéficier de l'exception de copie privée parce que soit la copie ainsi reproduite est elle-même partagée avec un public, soit l'on estime que l'exception ne saurait jouer en cas de source illicite.

Les règles spéciales vont confirmer clairement l'exclusion de l'exception de copie privée. La Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet dite Hadopi et la Loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée⁶⁹⁶ ont apporté des modifications à l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle qui dispose désormais que : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire ... les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privée du copiste et non destinées à une utilisation collective ...* ».

Les règles spéciales reprennent la solution jurisprudentielle. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 30 mai 2006, a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier⁶⁹⁷ en ces termes : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans s'expliquer*

⁶⁹⁵ Thierry DESURMONT, Le régime de la copie privée, Com. Com électr. nov. 2006, étude 28, p. 18

⁶⁹⁶ JORF n° 0295 du 21 déc. 2011, p. 21546, texte n° 1

⁶⁹⁷ CA Montpellier, 10 mars 2005, note Ch. Caron, Comm. com. électr. 2005, com. 77

sur les circonstances dans lesquelles les œuvres avaient été mises à disposition du prévenu et sans répondre aux conclusions des parties civiles qui faisaient valoir que l'exception de copie privée prévue par l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'elle constitue une dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre, suppose pour pouvoir être retenue que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'œuvre concernée, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision »⁶⁹⁸.

736. En définitive, le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair est régi par les règles générales. La mise en ligne d'œuvre protégée concerne tant le droit de reproduction que le droit de représentation, prérogatives qui ont été violées par l'utilisation du logiciel pair à pair, en l'absence d'autorisation. C'est pour cela que cette pratique est qualifiée par les règles générales, de contrefaçon en confirmant l'absence de l'exception de copie privée. Alors que les règles générales s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant, le législateur a élaboré des règles spéciales qui reprennent la même qualification. Il ressort de cela le caractère superflu des règles spéciales qui se manifeste dans la qualification des pratiques de téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair. Il en est de même pour la sanction.

B- Les sanctions du téléchargement illégal

737. Constatant la multiplicité des pratiques de téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair, et ayant le sentiment de l'inadaptation, et en tout cas de l'inapplication des dispositions générales relatives à la lutte contre la contrefaçon, considérées comme trop lourdes, dans les peines encourues, le législateur français a adopté des règles spécifiques sanctionnant, par des contraventions de première et deuxième classe, le téléchargement et la mise à disposition de fichiers au moyen d'un logiciel d'échange pair à pair⁶⁹⁹. En réalité, les

⁶⁹⁸ Cass. crim., 30 mai 2006, Ministère public, Fédération nationale des distributeurs de films (FNDF), Syndicat de l'édition vidéo (SEV), Sté Twentieth Century Fox Home Entertainment France et Sté Buena Vista Home Entertainment c/ Aurélien D., RLDI 2006/17, n° 497, obs. Costes L., D. 2006, jur. 2676, note Dreyer ; D. 2006, pan. 2991, obs. Sirinelli ; arrêt disponible sur www.legalis.net.

⁶⁹⁹ Emmanuel DERIEUX et Agnès GRANCHET, Lutte contre le téléchargement illégal : Lois DADVSI et HADOPI, éd. Lamy, 2010, n° 114, p. 94

règles spéciales ne font que confirmer les sanctions prononcées par la jurisprudence, tout en créant une rupture d'égalité devant la loi pénale. Elles s'avèrent de ce fait inutiles.

738. Dans le rapport présenté en avril 2006, au nom de la Commission des affaires culturelles du sénat, monsieur THIOLLIÈRE considérait que *« l'écart qui séparait, en matière de téléchargement non autorisé d'œuvres protégées, le montant des sanctions auxquelles s'exposaient les internautes au titre du délit de contrefaçon, et le montant des amendes effectivement prononcées, traduisait incontestablement une inadéquation de la loi au sentiment profond de la société »*. Il invitait alors les parlementaires à approuver la *« réforme proposée par l'amendement gouvernemental, qui tend à rapprocher les sanctions encourues de la pratique effective des tribunaux »*⁷⁰⁰. La Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, a tenté d'apporter une solution à la situation des internautes qui téléchargent des fichiers par le biais des systèmes de pair à pair en transformant le délit de « téléchargement simple » en contravention (article 24). Mais cette disposition a été censurée le 27 juillet 2006 par une décision du Conseil constitutionnel⁷⁰¹ qui a considéré que *« les particularités des réseaux d'échanges de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée »* et impliquait par conséquent une rupture d'égalité devant la loi pénale. L'ancien système de répression a ainsi été rétabli de fait à savoir trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour le délit de contrefaçon⁷⁰².

739. Pourquoi ne pas laisser aux juges cette marge d'appréciation et d'adaptation, dans les limites posées par les dispositions générales ?

La sanction de la contrefaçon est régie par l'article L. 335-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle qui punit le contrefacteur de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Or, les règles générales permettent d'adapter la sanction à la gravité de l'acte. Ce n'est qu'une simple application de l'article 131-8-1 du Code pénal : *« Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place ou en même temps que la peine d'emprisonnement la peine de sanction-réparation. Il en est de même lorsqu'un délit est puni à titre de peine principale d'une seule peine d'amende. La sanction-réparation consiste pour l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction à l'indemnisation du préjudice de la victime (...) »*. L'appréciation de

⁷⁰⁰ THIOLLIÈRE M., Rapport au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, n° 308 (2005-2006), 12 avr. 2006, disponible sur www.senat.fr

⁷⁰¹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006

⁷⁰² Christiane FÉRAL-SCHUHL, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet, précité, n° 74.52, p. 499

la gravité de l'acte est fondée sur la finalité commerciale ou non. Il vise à alléger les sanctions des violations du droit d'auteur commises à des fins personnelles, sans but lucratif. Ainsi, la sanction de la contrefaçon de l'article L. 335-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle, constitue un maximum en deçà duquel les juges ont toute liberté de déterminer la sanction qui leur paraît la plus juste ou la mieux adaptée.

Précédant la Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, la jurisprudence faisait déjà preuve de réalisme au regard de ce phénomène de société qu'est le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair, en assouplissant les sanctions encourues. Le juge fait une application *a minima* des peines prévues pour le délit de contrefaçon, mais en outre cantonne le dédommagement du préjudice moral des parties civiles au strict manque à gagner⁷⁰³. Les contrefacteurs sur Internet font l'objet d'une répression modérée fondée sur le pragmatisme. De nombreuses illustrations pourraient être trouvées dans la jurisprudence⁷⁰⁴. Les juges ont condamné des internautes qui téléchargeaient et diffusaient illicitement des œuvres protégées grâce au logiciel pair à pair, à des peines variant de 300 euros à 3 500 euros d'amende et de un à trois mois d'emprisonnement avec sursis, assorties quelques fois de dommages et intérêts allant jusqu'à 20 000 euros⁷⁰⁵.

740. En somme, dans le but de lutter efficacement contre les pratiques de téléchargement illicite par échange de fichiers pair à pair, le législateur a cru bon d'élaborer un ensemble de règles spéciales. Toutefois, les règles spéciales reprennent la qualification de contrefaçon retenue par les règles générales, et la sanction est celle admise par la jurisprudence qui tient compte de la gravité de l'acte pour retenir des peines allégées. Les règles spéciales successives ont toujours été pensées à courte vue pour frapper l'utilisateur de logiciel pair à pair coupable, en faisant référence à la contrefaçon telle qu'admise par les règles générales. Elles laissent apparaître leur caractère superflu. Il en est de même des règles spéciales s'appliquant aux fournisseurs de moyens.

⁷⁰³ Brigitte LARERE, Condamnation à une peine d'amende avec sursis et au dédommagement des parties civiles limité au strict manque à gagner pour des actes de téléchargement illicites, RLDI 2007/25, n° 805

⁷⁰⁴ TGI Vanves, ch. corr., 29 avr. 2004, Ministère public, FNDF, SEV, Twentieth Century Fox Home Entertainment France, Buena..., Précité ; TGI Arras, ch. corr., 20 juill. 2004, RLDI 2005, n° 51, note Costes ; TGI Châteauroux, 15 déc. 2004, disponible sur www.juriscom.net ; TGI Vannes, ch. corr., 29 avr. 2004, comm. com. électr. 2004, comm. 86, note Caron C., LégiPresse 2004, III, p. 180, note Robin A.

⁷⁰⁵ Christophe CARON, Condamnations de cyber-contrefacteurs ordinaires fêrus de peer to peer, comm. com. électr. 2004, comm. 86 ; Benoît TABACA, Une année de droit de l'internet : le bilan jurisprudentiel 2006 (1^{re} partie), RLDI 2007/24, n° 801 ; Voir Sénat, Bilan d'étape des travaux du Comité de suivi de la Charte Musique et Internet au 21 mars 2007 », Note au ministre de la culture et de la communication, www.senat.fr

II- L'application aux fournisseurs de moyens de règles issues de la responsabilité de droit commun

741. La responsabilité pénale des fournisseurs de moyens que sont l'éditeur de logiciels et l'abonné à Internet, peut être retenue par application des règles générales de la complicité de contrefaçon. Toutefois, après plusieurs hésitations et règles successives, le législateur aboutit à cette démarche à travers les règles spéciales s'appliquant à l'éditeur de logiciels et à l'abonné Internet. En ce qui concerne l'éditeur de logiciels pair à pair, la règle spéciale vise désormais tous les logiciels, et admet la responsabilité pénale de l'éditeur de logiciels soumise à l'existence de la connaissance de l'usage illicite fait par les internautes. En ce qui concerne les abonnés à Internet, la règle spéciale vise l'usage illicite de la connexion Internet, en instaurant une obligation de surveillance à la charge de l'abonné. Sa responsabilité pénale est envisagée dans certains cas, et sanctionnée par la « négligence caractérisée ».

Les règles spéciales sont inutiles car il s'agit d'une reprise des dispositions générales de la complicité de contrefaçon à travers la fourniture de logiciels et la fourniture de la connexion Internet. Ces règles spéciales régissent la responsabilité pénale des entreprises éditrices de logiciels (A) et de l'abonné à l'accès à Internet (B)

A- La responsabilité pénale des entreprises éditrices de logiciels

742. L'article 21 de la Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), codifié à l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, prévoit la mise en œuvre de la responsabilité pénale des éditeurs de logiciels en ces termes : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait d'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ; d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°* ». Cet article qui à première vue semble créer une infraction spécifique, n'est rien d'autre que l'application dans l'univers du cybercommerçant des dispositions générales de la complicité de contrefaçon. En outre, la jurisprudence n'a pas attendu la règle spéciale pour trouver une solution à cette situation. La règle spéciale s'avère de ce fait inutile.

743. En premier lieu, la reprise des dispositions générales de la complicité de contrefaçon se manifeste tant au niveau des éléments constitutifs qu'au niveau de la sanction. D'abord, les éléments constitutifs sont l'élément matériel et l'élément moral. L'élément matériel de l'infraction définie par la règle spéciale est constitué par le fait d'éditer, de mettre à la disposition, de communiquer au public un logiciel permettant l'échange de fichiers illicites. Il résulte de la mise à disposition d'un logiciel pour accomplir des actes de contrefaçon. De ce fait, l'élément matériel de l'infraction s'entend de la fourniture de moyens pour réaliser l'infraction de contrefaçon. La règle spéciale reprend l'idée admise par l'article 121-7 du Code pénal dans le cadre de la complicité en ces termes : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ». L'élément intentionnel se déduirait de l'activité de l'éditeur du logiciel qui pourrait difficilement prétendre ne pas avoir conscience des dérives d'un tel système. Il est traduit dans la règle spéciale par les adverbes « sciemment » et « manifestement ». L'adverbe « sciemment » signifie savoir. Ainsi le fournisseur de logiciel doit savoir que le logiciel qu'il procure aux usagers sert à la commission d'actes de contrefaçon. La preuve de cette connaissance doit être rapportée pour le condamner. L'autre adverbe « manifestement » signifie de manière visible. Il faut donc rapporter que le logiciel est visiblement ou évidemment destiné à la contrefaçon. L'élément intentionnel posé par l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle réside dans la connaissance de la commission potentielle des actes de contrefaçon, lorsque le logiciel a pour fonction première, sinon unique, de permettre de tels actes⁷⁰⁶. La règle spéciale applique dans l'univers numérique les dispositions générales qui régissent les éléments constitutifs de la complicité de contrefaçon.

Ensuite, en ce qui concerne la sanction, l'article L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, prévoit trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Dans le cadre de la complicité de droit commun, l'article 121-6 du Code pénal dispose que : « *Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7* ». Or, l'auteur de contrefaçon est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Donc le complice encourt la même sanction. Les sanctions de la règle générale et celles de la règle spéciale sont identiques. La règle spéciale ne fait que transposer dans l'univers du

⁷⁰⁶ Yves GAUBIAC, La responsabilité des fournisseurs de logiciels dans la diffusion illégale des œuvres et autres prestations protégées, Comm. com. électr. nov. 2006, étude 34

cybercommerçant les sanctions de la contrefaçon admises par la règle générale. Il ressort de cela le caractère superflu de la règle spéciale.

744. En deuxième lieu, la jurisprudence appliquait dans l'univers du cybercommerçant, les règles générales de complicité de contrefaçon bien avant l'avènement des règles spécifiques. La jurisprudence pour sanctionner le fournisseur de moyens, se fonde sur des hypothèses de probabilité concrète du dommage. Tantôt la probabilité du dommage tient à la personne qui utilise le moyen, parce qu'elle donne des raisons de redouter une faute de sa part. C'est l'hypothèse du volant confié à une personne ivre. Tantôt la probabilité du dommage tient à l'usage qui sera fait du moyen fourni. Il arrive en effet que la nature du moyen en dicte la destination et que, par suite, celui qui le fournit soit à même d'apprécier dans une certaine mesure les risques que son utilisation comporte pour les tiers. C'est le cas où le fournisseur du moyen participe sciemment, volontairement, à l'activité dommageable ; il est alors complice et sa responsabilité ne fait aucun doute⁷⁰⁷. Cette règle s'applique aisément dans l'univers du cybercommerçant.

Les juges ont sanctionné des personnes en qualité de complice de contrefaçon par fourniture de moyens ; car ces dernières avaient permis à des tiers d'accéder sans autorisation à des œuvres protégées en fournissant à titre onéreux le matériel de reproduction de CD⁷⁰⁸ ou par le moyen de liens hypertextes. L'illustration peut être donnée à travers un arrêt du 10 mars 2004 de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en ces termes : « *Attendu que les premiers juges ont relevé que le prévenu se bornait à mettre à la disposition des internautes des informations sur les manipulations à effectuer pour lire des vidéos et des CD sur la console Sega dreamcast ; qu'ils en ont justement déduit que, ce faisant, il ne proposait pas aux visiteurs de son site, des modes opératoires pour fabriquer des contrefaçons de jeux, vidéo ou CD ; que les premiers juges ont également relevé que, si Alliel Emmanuel ne proposait pas aux internautes le téléchargement direct de logiciels contrefaits, il faisait néanmoins apparaître sur son site des liens renvoyant à d'autres sites proposant le téléchargement illégal de tels jeux ; qu'ils ont justement retenu que cette mise à disposition de liens hypertextes devait s'analyser en une complicité de contrefaçon* »⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ François GRUA, La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage, RTD civ. 1994, n° 1, p. 1-10

⁷⁰⁸ CA Nancy, 20 mai 2003, Comm. com. électr. 2004, comm. 73, note Ch. Caron ; T. corr. Valence, 2 juill. 1999, Comm. com. électr. 1999, comm. 5, note Ch. Caron

⁷⁰⁹ CA Aix-en-Provence, 10 mars 2004, Comm. com. électr., 2004, comm. 103, note Ch. Caron

745. En somme, destinée au départ à régir l'utilisation d'un logiciel pair à pair dans le cadre de la contrefaçon, la règle spéciale a dû être révisée pour prendre en compte tous les logiciels. Il est certain que toutes les situations de fournir un logiciel ne sont pas condamnables, comme il est aussi certain que tous les logiciels qui permettent la contrefaçon ne peuvent être mis en cause et conduire à une responsabilité pénale des fournisseurs. Cette situation déjà régie par les règles générales et appliquée par la jurisprudence dans l'univers du cybercommerçant, correspond à celle évoquée par la règle spéciale. Ainsi, la règle spéciale reprend les dispositions générales sur la complicité de contrefaçon pour en faire une application dans l'univers du cybercommerçant tant dans ses éléments constitutifs que dans sa sanction. Elle s'avère de ce fait inutile. Il en est de même de la règle spéciale régissant la responsabilité de l'abonné à l'accès à Internet.

B- La responsabilité pénale de l'abonné à l'accès à Internet

746. La Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet dite Loi Hadopi complétée par la Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, dite Hadopi 2, relative à la protection pénale des atteintes à la propriété littéraire et artistique sur Internet, met au centre de son dispositif une obligation de surveillance à la charge des personnes ayant souscrit un abonnement Internet. Le sort de l'internaute téléchargeur et celui de l'abonné ont été dissociés, même si souvent il peut s'agir d'une seule et même personne. Cette obligation est régie par l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle, en ces termes : « *La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I^{er} et II lorsqu'elle est requise* ». En cas de violation de cette obligation de surveillance, la règle spéciale avait d'abord admis l'irresponsabilité pénale de l'abonné avant de se rétracter et de reconnaître sa responsabilité pénale dans certaines situations. On veut l'extraire aux sanctions de la contrefaçon en même temps, on reconnaît l'existence de sa responsabilité pénale dans certains cas, sanctionnée par la « négligence caractérisée » qui est une notion incertaine. La règle spéciale produit de ce fait une confusion entre absence ou non de la responsabilité pénale et une confusion entre peine complémentaire et infraction spécifique de « négligence caractérisée ». Elle s'avère donc inutile.

747. Dans un premier temps, la règle spéciale produit une confusion entre absence ou non de la responsabilité pénale due à la violation de l'obligation de surveillance. Toutefois, il existe au préalable des avertissements administratifs.

D'une part, l'existence d'une obligation de surveillance de sa connexion Internet entraîne en cas de violation des avertissements administratifs avant de saisir l'autorité judiciaire. Le nouveau dispositif vise à renforcer l'obligation de surveillance pesant sur l'abonné et à lui adresser des avertissements administratifs à travers la riposte graduée. La Commission de protection des droits de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) adresse à l'abonné à Internet des avertissements gradués, en premier lieu sous forme de messages électroniques et, 6 mois après sous forme d'une lettre recommandée. En cas de récidive dans une période d'un an, l'abonné reçoit un troisième avertissement et la Commission délibère pour décider de transmettre ou non le dossier au parquet. Ce dispositif qui a été révisé en permettant la suspension de la connexion non plus par la Hadopi, mais par le juge en cas de condamnation, demeure lourd.

D'autre part, au niveau de la responsabilité pénale, la règle spéciale a instauré une confusion dans la mesure où elle a affirmé que l'abonné n'engage pas sa responsabilité pénale. Cela est traduit à l'article L. 336-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé...* ». Toutefois, cette disposition a été complétée voire, corrigée par la Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 dite Hadopi 2 qui admet des cas de responsabilité pénale prévus par les articles L. 335-7 et L. 335-7-1. Le dispositif a été complété par plusieurs décrets notamment le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 sur la contravention de négligence caractérisée, le Décret n° 2011-264 du 11 mars 2011 relatif au traitement automatisé des données à caractère personnel pour les infractions transmises au Parquet qui modifie un premier Décret du 5 mars 2010. En dépit de ces mesures, il est peu probable qu'elles soient utiles, car il n'existe pas une véritable ligne directrice.

748. Dans un deuxième temps, la confusion à propos de la « négligence caractérisée » se traduit par le fait de savoir si elle constitue une peine complémentaire ou une contravention.

D'abord, la « négligence caractérisée » est admise par la règle spéciale comme une peine complémentaire d'où la reconnaissance d'une peine principale liée à la contrefaçon. Selon l'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'infraction est commise*

au moyen d'un service de communication en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamné à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur ». Or, les articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle déterminent l'infraction qui est la contrefaçon et sa sanction. Donc la suspension de l'accès à Internet est une peine complémentaire liée à la peine principale du délit de contrefaçon. Désormais, en cas de contrefaçon outre les sanctions habituelles de cette infraction, le législateur prévoit une sanction complémentaire de suspension de l'accès à Internet pendant une période d'un an et de l'interdiction de souscrire à un autre contrat d'abonnement. Cette sanction complémentaire pouvait être prononcée par le juge⁷¹⁰, sur le fondement de la cessation de l'illicite des articles 809 et suivants du Code de procédure civile, sans avoir besoin de créer une règle spéciale. Cette mesure est reprise par l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle : « ... *Le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme de référé, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier* ».

Ensuite, la « négligence caractérisée » qui sanctionne le défaut de surveillance de l'accès à Internet, est définie par la règle spéciale comme constitutive d'une infraction spécifique. Selon l'article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, le fait de ne pas avoir empêché l'utilisation de sa connexion Internet pour la commission d'une infraction de contrefaçon constitue une « *négligence caractérisée qui s'apprécie sur la base des faits au plus tard un an après la présentation de la recommandation mentionnée à l'alinéa précédent* ». Elle est sanctionnée par une suspension d'un mois de l'accès à Internet et une amende de la cinquième classe de 1 500 euros. La négligence caractérisée constitue de ce fait une contravention pénale. C'est une infraction distincte qui est visée. Est-il possible de fonder une répression pénale sur une notion aussi incertaine, pourtant validée par le Conseil constitutionnel ? Il ressort de cela, le caractère superflu de la règle spéciale fondée sur la « négligence caractérisée ».

⁷¹⁰ T civ. Seine, 15 févr. 1952, Gaz. Pal. 1952. 1. 164 : Confiscation du matériel installé en vue de réaliser l'infraction

Conclusion du Chapitre 1

749. Les risques liés à la dépersonnalisation qui marque l'univers du cybercommerçant ont amené le législateur à adopter des règles spéciales dans le but de neutraliser la dépersonnalisation. Ces règles spéciales se manifestent dans les relations contractuelles à travers le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit. Elles régissent aussi les relations extracontractuelles à travers la responsabilité civile et pénale, et le téléchargement illégal par échange de fichier pair à pair.

Le constat est que ces règles spéciales reprennent les dispositions générales régissant les relations contractuelles concernant le formalisme informatif et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Dans les relations extracontractuelles, les règles spéciales reprennent les dispositions générales de la responsabilité pénale et civile, et de la contrefaçon. Les règles générales s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. Il ressort de cela le caractère superflu des règles spéciales. En outre, les règles spéciales vont susciter de nombreuses interrogations et elles vont poser de nouveaux problèmes. Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut rejeter les règles spéciales car inutiles, elles sont aussi inefficaces.

Chapitre 2- L'inefficacité des règles spéciales

750. La dépersonnalisation caractérisée par le défaut de présence physique des parties et l'utilisation d'un moyen de communication à distance facilite amplement les risques dans l'univers du cybercommerçant tant dans les relations contractuelles que dans les relations extracontractuelles. Dans les relations contractuelles, ces risques liés à l'absence des protagonistes et aux particularités du support électronique imposant la disparition du support papier concernent le consentement non éclairé, la preuve du contrat et l'inexécution du contrat. La réponse du législateur a été d'élaborer des règles spéciales relatives à la langue, à l'archivage, et à l'accusé de réception et des règles relatives à la responsabilité de plein droit. Dans les relations extracontractuelles, l'évolution des techniques informatiques, notamment le haut débit, qui permet de numériser des œuvres, de réduire le temps du téléchargement et d'augmenter les possibilités de stockage et de circulation des contenus numériques, s'accompagne du développement des téléchargements illicites sur Internet et la mise à disposition des internautes du monde entier d'œuvres de l'esprit en violation des droits d'auteur. Les pratiques de téléchargement illégal constituent une menace pour l'économie de la création et de la production littéraire, musicale et audiovisuelle et pour l'exploitation commerciale des œuvres et des activités culturelles dans leur ensemble. Conscient des risques liés à la dépersonnalisation, le législateur français à la suite du législateur européen a élaboré des règles spéciales concernant la responsabilité pour faute caractérisée et le téléchargement illégal.

Les règles spéciales ont pour objectif d'instaurer un état d'ordre propice au commerce en rassurant les acteurs contre les risques liés à l'utilisation du support électronique. L'enjeu se résume à lever les craintes des acteurs sur la sécurité de leurs échanges dans cet environnement marqué par la dépersonnalisation. Mais, le fait que le législateur ait élaboré des dispositions spécifiques conduit à se demander si la démarche adoptée était si pertinente pour asseoir une pleine efficacité. L'efficacité des règles est l'aptitude à réaliser les objectifs définis par l'auteur ou l'interprète desdites règles. Au contraire, dans l'univers du cybercommerçant, l'abondance des textes, leur complexité, leur instabilité, leur inadaptation, ont été les caractéristiques d'un droit spécial inefficace. Cela démontre une fois de plus, les difficultés de réglementer Internet, d'élaborer et de transposer les directives européennes et aussi celles de décréter la confiance. L'objectif que s'est fixé le législateur n'est pas atteint à cause de la complexité et de l'inadaptation des règles spéciales. C'est pour cette raison qu'il est judicieux de faire une application des mécanismes juridiques classiques qui sont efficaces

pour sécuriser les relations contractuelles et extracontractuelles dans l'univers du cybercommerçant.

Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, la solution ne consiste pas à appliquer au cybercommerçant des règles spéciales, car elles sont inefficaces. Cette inefficacité provient de la complexité des règles spéciales d'une part (Section 1) et d'autre part, de l'inadaptation des règles spéciales (Section 2).

Section 1- La complexité des règles spéciales

751. La dépersonnalisation a des effets néfastes dans l'univers du cybercommerçant qui peuvent mettre en péril tant le commerce électronique que le commerce traditionnel. Elle facilite l'existence de risques relatifs à la formation du contrat et à sa preuve compte tenu de l'absence du support papier (support utilisé dans le cadre du commerce traditionnel, même dans les contrats par correspondance) et des particularités du support électronique. Il s'agit de sécuriser les relations contractuelles dans cet environnement qui se singularise par la disparition du support papier. Le support matériel disparaît sur Internet et cela produit aussi des effets sur les œuvres protégées par le droit de la propriété intellectuelle. L'on accède à l'œuvre non plus par le biais d'un support matériel ou d'une copie tangible, mais au travers d'un canal de diffusion de contenus numériques qui facilite de ce fait le téléchargement illégal⁷¹¹. La difficulté tiendrait d'abord à l'exacte qualification juridique des faits de téléchargement et à la détermination de leur caractère illégal. La lutte contre de telles pratiques considérées comme illégales, se heurterait ensuite à la question de la détermination des personnes responsables, en fonction de leur intervention dans le processus d'exploitation publique non autorisée, des œuvres protégées par le droit de la propriété intellectuelle, compte-tenu de l'absence des protagonistes et de l'anonymat qui résultent de la dépersonnalisation caractérisant l'univers du cybercommerçant.

Pour résoudre ces difficultés liées à la dépersonnalisation, le législateur a élaboré des règles spéciales. Toutefois ces règles sont complexes. La complexité est « *la difficulté liée à la multiplicité des éléments et à leurs relations* »⁷¹². La complexité des règles spéciales se situe tant au niveau du contenu des règles qu'au niveau de leur effectivité.

Les règles spéciales ont un contenu malaisé. La compréhension des textes constitue une difficulté. Or, l'efficacité d'une règle nécessite l'usage d'un vocabulaire rigoureux, adapté, simple, limpide et compris. Ce n'est pas la voie empruntée par le législateur qui a élaboré des règles spéciales dont le contenu est de nature à créer des embarras, à travers les ambiguïtés et contradictions qui dominent les règles relatives à la langue et les règles relatives à la durée de l'obligation d'archivage dans le cadre des relations contractuelles.

Le problème de l'effectivité des règles se matérialise par le défaut de sanctions ou lorsqu'il existe des sanctions, elles sont inadéquates. C'est le cas des règles spéciales relatives au téléchargement illégal et à la responsabilité limitée de l'hébergeur qui régissent les relations

⁷¹¹ Séverine DUSOLLIER, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres, Thèse Facultés Universitaires Notre Dame de la paix de Namur, 2004, éd. Larcier 2007, n° 481, p. 381

⁷¹² Dictionnaire Le Petit Robert 2014, Voir complexité

extracontractuelles. Il est opportun de préciser la nature des sanctions encourues et leur finalité en cas de non-respect de certaines obligations imposées par les règles spéciales, qui reste sur ce point lacunaire.

Les règles spéciales sont inefficaces parce qu'elles sont complexes. La complexité des règles spéciales se manifeste par leur contenu malaisé (Paragraphe 1) et leur effectivité qui pose problème (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Le contenu malaisé des règles spéciales

752. La neutralisation de la dépersonnalisation implique de sécuriser les relations contractuelles et de lutter efficacement contre le téléchargement illégal. Dans le cadre du contrat, il s'agit d'avoir un consentement éclairé et de pouvoir faire la preuve du contrat compte-tenu de l'absence des parties contractantes et de la disparition du support papier. La lutte contre le téléchargement illégal appelle une claire et juste qualification juridique des actes en cause, de façon à déterminer leur caractère illégal, et les fonctions assumées, par les uns ou par les autres, dans le processus de numérisation et de diffusion, de manière à désigner les responsables. Le législateur a fait le choix d'élaborer des règles spéciales pour neutraliser les effets néfastes liés à la dépersonnalisation. Cependant, loin de résoudre le problème, le législateur a introduit des ambiguïtés et des contradictions dans les textes qui amenuisent leur compréhension et rendent difficile leur application laissant apparaître le contenu malaisé des règles spéciales.

Ainsi, le contenu malaisé des règles spéciales se traduit dans l'univers du cybercommerçant par la contradiction des règles régissant les relations contractuelles (I) et l'ambiguïté des règles régissant les relations extracontractuelles (II).

I- La contradiction des règles régissant les relations contractuelles

753. La dépersonnalisation matérialisée par l'absence des parties contractantes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance suscite des risques dans la formation du contrat et dans la preuve du contrat. D'abord, la formation du contrat exige l'existence d'un consentement. Le consentement impose que les termes du contrat soient compris par le cocontractant. Or, l'absence des parties contractantes et l'accessibilité du site Internet dans le monde entier peuvent mettre en péril l'exigence de l'existence et de l'intégrité du

consentement. C'est pour cela que le législateur a défini des règles spéciales relatives à la langue du contrat.

Ensuite, les contrats sont conclus par voie électronique avec pour conséquence la disparition du support papier. Cette disparition du support papier suscite des difficultés quant à la preuve du contrat. Dans le but de permettre au cocontractant de pouvoir faire la preuve du contrat, le législateur à travers la règle spéciale, impose au cybercommerçant, une obligation d'archivage.

Toutefois, les règles spéciales suscitent des incertitudes lorsqu'il s'agit de les confronter aux règles qui s'appliquent à tous les commerçants. Le résultat est que les règles qui s'appliquent au professionnel du commerce électronique sont contraires à celles qui s'appliquent au commerçant traditionnel. Cette contradiction apparaît dans les règles relatives à la langue (A) et dans les règles relatives à la durée de l'obligation d'archivage (B).

A- Les règles relatives à la langue

754. La dépersonnalisation se matérialisant par l'absence de présence physique des parties contractantes et l'utilisation du support électronique, peut affecter le consentement des parties. La dimension internationale du réseau Internet ne fait qu'accroître la difficulté en permettant aux personnes établies dans des pays différents et ne partageant pas toujours la même langue nationale de conclure des contrats. La question est de savoir si le cybercommerçant est tenu de proposer l'offre dans la langue maternelle de l'internaute, étant donné que les parties contractantes n'étant pas présentes physiquement, utilisent le support électronique, lequel est accessible dans presque tous les pays avec des langues diverses. La règle spéciale permet d'envisager d'autres langues de conclusion du contrat que la langue maternelle de l'internaute, ce qui semble être contraire aux dispositions antérieures.

755. La Directive 2000/31/CE, dite commerce électronique, en son article 10, indique que les langues proposées pour la conclusion du contrat doivent figurer parmi les informations requises. Cette disposition est transposée par le législateur français à l'article 1369-1, 3° du Code civil aux termes duquel l'offre en ligne doit énoncer notamment « *Les langues proposées pour la conclusion du contrat* ». Il ressort de ce texte que d'autres langues que le français, pourraient être choisies dans le cadre de la conclusion des contrats. Si l'intérêt de ce texte est facilement perceptible au niveau européen lorsqu'il s'agit de combattre la segmentation nationale et linguistique des marchés, sa compatibilité avec d'autres

dispositions antérieures du droit français est source d'interrogations. Cette règle spéciale semble remettre en cause la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite Loi « Toubon »⁷¹³ qui dispose en son article 2 que : « *Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle...* ». Cette loi protège à la fois le cocontractant, dans la conclusion du contrat et la personne, en tant qu'utilisatrice du bien ou du service proposé. La conclusion du contrat repose sur un échange de consentements, il est nécessaire que ceux-ci soient éclairés afin d'être créateurs d'obligations. Pour que le consentement soit éclairé, il faut que l'information émise à travers l'offre, soit adaptée à son destinataire ; elle doit de ce fait, être comprise par lui. La loi entend sauvegarder le consentement du contractant à travers l'obligation d'utiliser la langue française⁷¹⁴. Le défaut d'utilisation de la langue française est sanctionné tant sur le plan civil que pénal. La sanction civile varie entre nullité, inopposabilité⁷¹⁵ et responsabilité civile⁷¹⁶. La sanction pénale est définie à l'article 1^{er} du Décret n° 95-240 du 3 mars 1995, et consiste en une peine d'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe⁷¹⁷.

Il ressort de cela que le rapprochement de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique et de la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française laisse place au doute. Mais l'éviction possible du français, elle, ne fait pas de doute. Tout au contraire, la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, ici, peut permettre d'échapper aux sanctions prévues par la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (Loi Toubon) dans la mesure bien sûr où celle-ci aurait été jugée applicable⁷¹⁸.

⁷¹³ JORF n° 180 du 5 août 1994, p. 11392

⁷¹⁴ Jérôme JULIEN, La langue française et le contrat, dans Libre Droit : Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz 2008, p. 465 et s.

⁷¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 346 : l'inopposabilité de la clause d'exclusion d'un contrat d'assurance

⁷¹⁶ CA Paris, 10 févr. 2003, Contrats, conc. consom. 2003. 167, obs. G. Raymond

⁷¹⁷ Cass. crim. 3 nov. 2004, Bull. crim. 2004, n° 266 : Selon la Cour de cassation, ne justifie pas sa décision, la Cour d'appel qui, pour relaxer un prévenu, se borne à énoncer que les documents en anglais accompagnant le progiciel étaient destinés à une installation spécialisée et non pas à l'utilisateur final qui pouvait, une fois le progiciel installé par un professionnel, avoir accès aux modes d'emploi en ligne rédigés en français et suffisants pour l'utilisation du produit.

⁷¹⁸ Michel VIVANT, Le contrat plongé dans l'« économie numérique », Rev. des contrats 2005/4, précité, p. 533 et s.

756. En somme, la règle spéciale relative à la langue de conclusion du contrat élaborée par le législateur ne neutralise pas vraiment les risques liés à la dépersonnalisation. Au contraire, elle soulève des incertitudes lorsqu'elle est confrontée à la règle existante émanant de la Loi n° 94-665 du 4 août 1994 (Loi Toubon). Étant donné le défaut de présence physique des parties contractantes et l'accessibilité du site Internet du cybercommerçant dans le monde entier, il est peu réaliste d'offrir à chaque internaute la possibilité de conclure le contrat dans sa langue. En pratique, le cybercommerçant utilise la langue du pays vers lequel son site Internet est dirigé. Les internautes, dans la majorité des situations ne concluent des contrats que dans la langue qu'ils comprennent, qu'elle soit leur langue nationale ou pas. Pour résoudre les risques liés à la dépersonnalisation et pouvant affecter l'exigence de l'existence et de l'intégrité du consentement, il est fait application de la théorie générale des contrats⁷¹⁹. Par conséquent, les règles spéciales sont inefficaces, et elles laissent clairement afficher une contradiction des règles régissant les relations contractuelles qui se manifeste à travers les règles relatives à la langue de conclusion du contrat. Il en est de même des règles relatives à la durée de l'obligation d'archivage.

B- Les règles relatives à la durée de l'obligation d'archivage

757. La dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant impliquant la disparition du support papier au profit du support électronique soulève une difficulté en matière de preuve du contrat. Dans le but de permettre au cocontractant de pouvoir faire la preuve du contrat, le législateur a élaboré des règles spéciales qui imposent au cybercommerçant, une obligation d'archivage. Toutefois, la durée de l'obligation d'archivage (de dix ans) imposée au cybercommerçant est supérieure à celle du droit commun (de cinq ans). Cela révèle une contradiction des règles.

758. L'obligation d'archivage imposée au cybercommerçant est prévue par l'article 25-2 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique et codifié à l'article 1369-4, 4° du Code civil. Ce dispositif en ce qui concerne les relations entre professionnels et consommateurs, est régi par l'article L. 134-2 du Code de la consommation qui dispose que : *« Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation*

⁷¹⁹ Voir *supra* n° 587 et s., relatif au chapitre 2 du titre 1 : L'application des exigences classiques au fond du contrat

de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande ». Les modalités d'application sont établies par le Décret n° 2005-137 adopté le 16 février 2005⁷²⁰ qui précise en son article 2, le délai d'archivage de dix ans des contrats conclus par voie électronique, dès lors qu'ils portent sur une somme égale ou supérieure à 120 euros en ces termes : « *Le délai visé à l'article L. 134-2 du Code de la consommation est fixé à dix ans à compter de la conclusion du contrat lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la prestation est immédiate. Dans le cas contraire, le délai court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci* ». Cette durée était inférieure à la durée de prescription trentenaire de droit commun en matière de responsabilité contractuelle (ancien article 2262 du Code civil) au moment de l'adoption de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique. Or, la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile⁷²¹ impose désormais un délai de prescription de droit commun, réduit à cinq ans en matière mobilière. Il est traduit à l'article 2224 du Code civil en ces termes : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

Il ressort de cela que le délai d'archivage de dix ans imposé par la règle spéciale est supérieur à celui du droit commun qui est de cinq ans. Il existe de ce fait une contradiction des délais qui exige pour sa résolution, d'écarter simplement l'application de la règle spéciale. Le problème posé par la disparition du support papier qui affecte la preuve du contrat trouve solution dans l'application des règles générales⁷²².

759. En définitive, les difficultés suscitées par la dépersonnalisation concernent la formation du contrat à travers la langue de conclusion en l'absence des protagonistes, et la preuve du contrat due à la disparition du support papier. Le législateur pour résoudre ces problèmes, a élaboré des règles spéciales relatives à la langue et à la durée de l'obligation d'archivage. Toutefois, ces règles spéciales sont contraires aux règles antérieures et posent de nouvelles difficultés. Le contenu malaisé est l'une des caractéristiques des règles spéciales qui s'appliquent au professionnel du commerce électronique. Cela révèle les incertitudes quant à

⁷²⁰ JORF n° 41 du 18 février 2005, p. 2780, texte n° 27

⁷²¹ JORF n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9856, texte n° 1

⁷²² Voir *supra* n° 486 et s., relatif à la preuve du contrat au Chapitre 1 du Titre 1 de la deuxième partie

l'efficacité des règles spéciales. C'est dans ce même contexte que s'inscrivent les règles spéciales régissant les relations extracontractuelles qui demeurent ambiguës.

II- L'ambiguïté des règles régissant les relations extracontractuelles

760. Les risques de la dépersonnalisation sont la facilité de numérisation, de copie, et de transmission des contenus numériques en violation des droits de propriété intellectuelle. L'utilisation du support électronique et l'absence des protagonistes favorisent l'apparition de contenus illicites des sites Internet préjudiciables aux cocontractants et aux tiers. Cela est porteur de menaces pour la poursuite de l'activité de chacun (cybercommerçants, auteurs, artistes interprètes, producteurs, ...) et pour l'économie de la création, notamment musicale et audiovisuelle, avant que ne soient également touchés les écrits (périodiques et livres), non seulement au niveau de chacune des entreprises, mais du secteur dans son ensemble⁷²³. Pour résoudre ce problème, le législateur à travers des règles spéciales, a défini un régime d'irresponsabilité conditionnelle des hébergeurs dans un souci de développement du commerce électronique, et a exigé la coopération de ces derniers dans la lutte contre les pratiques illicites. Toutefois ces règles sont ambiguës.

L'ambiguïté des règles est le fait que les règles spéciales présentent deux ou plusieurs sens possibles, dont l'interprétation est incertaine, ou elles donnent lieu à des jugements contradictoires. L'ambiguïté se manifeste dans l'univers du cybercommerçant à travers les règles relatives à la responsabilité limitée de l'hébergeur. La Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique en définissant l'hébergeur et faisant mention de l'éditeur, ne semble proposer qu'un choix limité de qualifications soit hébergeur, soit éditeur. Cette dichotomie expliquerait la tentative des juges de rattacher tous les modes d'exploitation de sites à ces deux notions. Rien d'étonnant à ce que, pour échapper à la mise en jeu de leur responsabilité, certains tentent de profiter de l'incertitude des textes, ce que les juges ne parviendront pas toujours à corriger avec une totale assurance ou de façon pleinement convaincante⁷²⁴.

L'ambiguïté des règles régissant les relations contractuelles se manifeste dans les règles relatives au statut d'hébergeur (A) et produit des conséquences sur les décisions des juges (B).

⁷²³ Emmanuel DERIEUX et Agnès GRANCHET, Lutte contre le téléchargement illégal : Lois DADVSI et HADOPI, précité, n° 21, p.17

⁷²⁴ Emmanuel DERIEUX, Internet et responsabilité, LPA 11 juillet 2008, n° 139, p. 7

A- Les règles relatives au statut d'hébergeur

761. La lutte contre la contrefaçon favorisée par la dépersonnalisation implique une juste et claire détermination des personnes responsables de telles pratiques. Celle-ci peut tenir à des causes ou à des situations diverses : soit que ces personnes y aient elles-mêmes eu recours, soit qu'elles les aient facilitées, par la fourniture des moyens techniques ou matériels ; soit qu'elles en soient les bénéficiaires. La mise en jeu du régime de responsabilité et particulièrement la détermination des personnes responsables dans l'univers du cybercommerçant est délicate. Conformément aux principes posés par la Directive 2000/31/CE commerce électronique, le législateur français définit le statut d'hébergeur, toutefois, il fait référence aux éditeurs de services. La référence au statut de l'éditeur, alors qu'il s'agit de définir le statut de l'hébergeur dans la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, crée une certaine confusion. L'exacte application de l'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur se heurte à de réelles difficultés dues à l'ambiguïté des règles spéciales.

762. L'ambiguïté des règles spéciales se situe à la définition de l'hébergeur et à la référence aux éditeurs sans les définir. Le législateur ne semble proposer qu'un choix limité de qualifications soit hébergeur, soit éditeur. L'activité du cybercommerçant peut ne pas relever tout à fait de la définition de l'hébergeur, pour autant l'exclusion du statut d'hébergeur entraîne-t-elle automatiquement celui d'éditeur impliquant la responsabilité de tout contenu figurant sur le site ? La confusion à ce sujet est grande. Pour échapper à la mise en jeu de leur responsabilité, certains essaient de camoufler la nature exacte de leur intervention.

Pour ne pas gêner le développement de l'économie numérique, n'est pas mise en cause la responsabilité des prestataires techniques, en l'occurrence ici l'hébergeur⁷²⁵. En revanche, s'il ne décide en rien de l'usage qu'en fait chacun, il ne peut ignorer pourtant les utilisations qui constituent une des raisons principales des connexions à Internet et de l'hébergement des contenus dont ils tirent leurs ressources : tarifs d'abonnement et recettes de publicité. L'article 6.I, 2 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique définit les hébergeurs comme des « *personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par les services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* ».

⁷²⁵ Voir *supra* n° 714 et s. , concernant La proclamation de l'absence d'une obligation générale de surveillance au profit de l'hébergeur, dans le chapitre 1 du Titre 2 de la deuxième partie

Quant à l'éditeur de service, la Directive 2000/31/CE commerce électronique n'utilise pas l'expression « éditeur de service » en son chapitre II, pourtant consacré aux « prestataires techniques ». Seul, l'article 6 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique fait référence aux éditeurs de « service de communication au public en ligne » sans les définir. Ils peuvent exercer cette activité à titre professionnel selon l'article 6.III, 1 en ces termes : « *Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public à distance mettent à disposition du public dans un standard ouvert : s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone ...* », ou à titre non professionnel, selon article 6.III, 2 : « *Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné au 2 du I, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au 1* ». Le renvoi fait par les articles 6-I-6 et 6-III-1,c de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, à la Loi n° 82-652 du 29 juillet 1992 sur la communication audiovisuelle laisse entendre que la responsabilité en cascade prévue à l'article 93-3 s'applique aux éditeurs professionnels de service de communication au public en ligne. Ce renvoi amplifie les incertitudes sur l'application du statut de l'éditeur⁷²⁶ dans l'univers du cybercommerçant. En pratique, les auteurs de contenus hébergés sont désignés par l'expression « éditeurs de contenus ».

763. En somme, l'ambiguïté des règles spéciales se manifeste dans les relations extracontractuelles à travers la règle relative à l'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur. L'irresponsabilité conditionnelle profitant à l'hébergeur, seules les conditions pour bénéficier de ce statut devraient être énumérées sans avoir référence à d'autres statuts. L'énumération du statut d'éditeur dans la règle spéciale relative au statut d'hébergeur crée une certaine confusion. Cette confusion ne permet pas de lutter efficacement contre les pratiques illicites dans l'univers du cybercommerçant. L'ambiguïté de la règle spéciale relative à

⁷²⁶ L'éditeur est régi par plusieurs textes. L'éditeur apparaît dans l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle qui définit le contrat d'édition. On déduira sa fonction des droits et obligations qui lui incombent au sein de ce contrat encadré : il a le droit de « *fabriquer des exemplaires de l'œuvre* » et doit en « *assurer la publication et la diffusion* ». L'éditeur apparaît aussi dans la Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision. Il s'agit de l'éditeur d'un service de médias audiovisuels, lequel a pour rôle de contrôler la sélection et l'organisation d'un catalogue de programme (nouvel article 2 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service de la télévision). Enfin un éditeur de presse en ligne est apparu dernièrement dans la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009. Ce dernier exerce une « maîtrise éditoriale » sur son contenu « consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original... » (article 1^{er} de la Loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse)

l'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur a des conséquences sur les décisions des juges.

B- Les conséquences sur les décisions des juges

764. L'ambiguïté de la règle spéciale relative à l'irresponsabilité conditionnelle de l'hébergeur a des conséquences sur les décisions des juges. Les juges font référence aux « éditeurs de service de communication » et aux « éditeurs de contenus » ou encore également aux « éditeurs » sans définir ces notions. Il faut déterminer le régime de responsabilité qui s'applique à un site dont l'activité ne se situe pas tout à fait dans l'hébergement, sans pour autant que la qualité d'éditeur soit appropriée. Au lieu de se demander si le prestataire est bien un hébergeur et répond aux critères qui commandent cette qualification, de nombreux juges analysent le statut d'éditeur, une fois celui-ci rejeté, appliquent le régime de l'hébergeur sans vérifier la réunion des conditions qui fondent la qualification. Or, ce sont les conditions de mise en œuvre d'un statut exceptionnel à savoir l'hébergeur, qui sont en cause. Seules ces dernières doivent être examinées. Et si ces conditions ne sont pas remplies, il doit y avoir recours au droit commun⁷²⁷. Les juges se sentent prisonniers d'une alternative juridique : les plates-formes en ligne ne pourraient être qu'hébergeurs et bénéficier d'un régime d'irresponsabilité conditionnelle ou qu'éditeurs et être de ce fait responsables de tout contenu figurant sur le site⁷²⁸.

765. En ce qui concerne la qualité d'éditeur, la Cour d'appel de Paris a retenu le 6 juin 2006 que si « *Tiscali Media a (...) exercé les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement* », elle « *doit être regardée comme ayant aussi la qualité d'éditeur dès lors qu'il est établi qu'elle exploite commercialement le site (...) puisqu'elle propose aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires sur les pages personnelles* ». La première Chambre civile de la Cour de cassation, le 14 janvier 2010, va confirmer cette décision en accueillant l'action en contrefaçon intentée contre la société Tiscali Média par les éditeurs de bandes dessinées, au motif que la société « *avait offert à l'internaute de créer ses*

⁷²⁷ Pierre SIRINELLI, La responsabilité des prestataires de l'internet : l'exemple des sites contributifs, RLDI/49, supplément mai 2009, n° 1645, p. 78-83

⁷²⁸ Anne-Sophie LAMPE, De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN, RLDI 2008/39, n° 1298 ; Lionel THOUMYRE, Les notions d'éditeur et d'hébergeur dans l'économie numérique, D. 2010, point de vue, p. 837 ; Guillaume TESSONNIÈRE, Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus, RLDI 2008/35, n° 1165

*pages personnelles à partir de son site et proposé aux annonceurs de mettre en place directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion, (...) faisant ressortir que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage... »*⁷²⁹. En outre, les juges ont considéré que la responsabilité de la société eBay devait être engagée en tant qu'éditeur de service pour la vente par ses utilisateurs de produits contrefaisants⁷³⁰.

Concernant la qualité d'hébergeur, l'illustration peut être donnée par la Cour d'appel de Paris qui dans un arrêt en date du 12 décembre 2007, a relevé le fait que la société Google Inc. « offre aux créateurs de blogs, à travers la plate-forme Blogger, une fonctionnalité d'installation et de présentation ou un système de protection contre des commentaires indésirables, ne démontre pas sa qualité d'éditeur du contenu de ces blogs ». Elle en conclut que « la responsabilité de Google Inc., ne doit donc être recherché qu'en sa qualité d'hébergeur »⁷³¹. La Cour d'appel de Paris, le 4 avril 2012 va s'inscrire dans cette logique en ces termes : « Considérant qu'en réalité aucun élément ne démontre que les intimés auraient un rôle actif de nature à leur conférer une connaissance ou un contrôle des annonces stockées mises en ligne par les vendeurs, étant observé que le fait de fixer les modalités de son service et de vouloir vérifier la situation d'un vendeur professionnel en lui demandant de fournir des éléments sur ce point ne saurait relever d'un acte d'édition, mais participe du souci légitime d'un service technique d'assurer une mise en relation plus sécurisée de ses utilisateurs.... Il en résulte que le service incriminé peut être qualifié de service d'hébergement et que c'est à raison que les intimés entendent bénéficier du régime de responsabilité relevant du statut d'intermédiaire technique au sens de la LCEN »⁷³². C'est aussi dans ce même contexte que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 13 juin 2013, a soutenu que « La société intimée est donc restée strictement cantonnée à son rôle

⁷²⁹ CA Paris, 6 juin 2006, disponible sur Legalis.net ; Civ 1^{re}, 14 janv. 2010, Bull. civ. I, n° 8 ; D. 2010, AJ 260, obs. C. Manara ; RLDI 2010/56, n° 1864, obs. Lionel Costes ; Comm. com. électr. 2010, n° 25, note Ph. Stoffel-Munck ; D. 2010, 260, note C. Manara, RTD com. 2010, 307, note F. Pollaud-Dulian. Cette affaire a semé le trouble. Il faut souligner que par un arrêt rendu le 17 février 2011, la première Chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, Nord-Ouest Production et a. c/ Dailymotion, Bull. civ. 2011, I, n° 30) a opéré un revirement de sa jurisprudence Tiscali, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mai 2009) en reconnaissant à Dailymotion la qualité d'hébergeur.

⁷³⁰ CA Reims, 20 juill. 2010, eBay c/ Hermès International ; CA Paris, 23 janvier 2012, eBay c/ Burberry ; Arrêts disponibles sur www.legalis.net ; Voir aussi Cass. com., 21 oct. 2008, Sté Sedo GmbH c/ Sté des Hôtels Méridien, Comm. com. électr. déc. 2008, comm. n° 134, note C. Caron ; Propr. ind. 2010, n° 25, note J. Larrieu : En offrant un service de domaine parking, la société est éditeur du site et non hébergeur, responsable en tant que tel de son contenu, d'où la condamnation pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale pour l'utilisation du nom de domaine

⁷³¹ CA Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Sté Google Inc. c/ Sté Benetton Group et a. ; arrêt disponible sur www.legalis.net ; Voir aussi CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2010, Omar S. et a. c/ Sté Dailymotion, RLDI 2010/62, n° 2034, note M. Trézéguet ; Comm. com. électr. 2010 n° 74, note A. Debet ; arrêt disponible sur www.legalis.net

⁷³² CA Paris, 13 juin 2013, Association Groupement des brocanteurs de Saleya et a. c/ eBay France et a., Décision disponible sur www.dalloz.fr

*d'hébergement, en l'absence de maîtrise des services proposés, et elle n'a pas la qualité d'éditrice d'un service de communication publique en ligne dès lors que le contenu des blogs est fourni par les utilisateurs eux-mêmes »*⁷³³.

766. Pour résumer le paragraphe 1, nous pouvons affirmer que les risques liées à la dépersonnalisation concernent la formation et la preuve du contrat facilités par la disparition du support papier et l'absence des parties contractantes d'une part, et d'autre part, le téléchargement illégal favorisé par la numérisation et la diffusion massive des œuvres. Pour sécuriser l'univers du cybercommerçant, le législateur a élaboré des règles spéciales relatives à la langue de conclusion du contrat, à la durée de l'obligation d'archivage et à la responsabilité conditionnelle des hébergeurs. Toutefois, ces règles sont inefficaces compte-tenu de leur complexité qui se manifeste à travers la contradiction des règles régissant les relations contractuelles et l'ambiguïté des règles régissant les relations extracontractuelles. En outre, l'inefficacité des règles spéciales résulte de leur effectivité qui pose problème.

Paragraphe 2- L'effectivité problématique des règles spéciales

767. La dépersonnalisation a un impact sur les relations contractuelles et sur les relations extracontractuelles du cybercommerçant. Dans les relations extracontractuelles, le défaut de présence physique des parties et les possibilités offertes par le support électronique favorisent l'anonymat d'une part, et d'autre part, la numérisation et la diffusion massive des œuvres. Cette situation conduit au développement de la contrefaçon des œuvres. En outre, dans les relations contractuelles, la disparition du support papier implique de faire en sorte que le contrat soit conclu dans les mêmes conditions de sécurité que dans le commerce traditionnel en s'assurant que les parties ont valablement consenti et peuvent faire la preuve du contrat en l'absence des parties contractantes. C'est dans le but de sécuriser l'univers du cybercommerçant que le législateur a élaboré des règles spéciales relatives aux obligations d'accuser réception et d'archivage dans le cadre des contrats électroniques et des règles relatives à la lutte contre le téléchargement illégal. Toutefois, ces règles sont confrontées à un problème d'effectivité. L'effectivité se définit comme le « *caractère d'une règle de droit qui*

⁷³³ CA Aix-en-Provence, 13 juin 2013, SARL P. Rose et Nathalie G. c/ SAS Telefun, Décision disponible sur www.dalloz.fr

produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »⁷³⁴. L'effectivité d'une règle repose soit sur la conformité des comportements suivis par ses destinataires ou par les autorités chargées de sa mise en œuvre, soit sur la sanction prononcée contre ceux qui ne respectent pas la règle. La sanction apparaît comme le meilleur moyen d'assurer le respect de la règle, c'est-à-dire la meilleure garantie de l'effectivité⁷³⁵. La menace de la sanction a un effet de dissuasion qui garantit l'effectivité de la règle.

Le constat est que dans l'univers du cybercommerçant, les règles spéciales sont inefficaces, car elles sont confrontées à un problème d'effectivité (I), d'où la nécessité de les remettre en cause (II).

I- Les manifestations de l'effectivité problématique des règles spéciales

768. L'absence des parties contractantes et l'utilisation du support électronique posent des problèmes relatifs à la preuve du contrat compte tenu de la disparition du support papier, et facilitent le téléchargement illégal. Pour lutter contre ces effets néfastes de la dépersonnalisation, le législateur a élaboré des règles spéciales. Or, certaines règles sont confrontées à un problème d'effectivité. La règle est ineffective soit parce que l'obligation qu'elle pose n'est pas appliquée, faute d'un contrôle suffisant ou d'une sanction adéquate, soit parce que sa violation n'est pas sanctionnée, faute de sanction. Cette situation du problème d'effectivité des règles est de ce fait, présente dans l'univers du cybercommerçant. Elle est due à l'absence de sanctions des règles spéciales relatives aux obligations d'accuser réception et d'archivage, et au fait que les règles relatives au téléchargement illégal censurées par le Conseil constitutionnel, sont confrontées à une sanction inadéquate.

Il ressort de cela que le problème de l'effectivité des règles spéciales se manifeste dans l'univers du cybercommerçant à travers l'absence de sanctions des règles régissant les relations contractuelles (A) et l'inadéquation des sanctions des règles régissant les relations extracontractuelles (B).

⁷³⁴ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, 10^e éd. PUF 2014, Voir Charte

⁷³⁵ Yann LEROY, La notion d'effectivité du droit, in Le rôle des administrations centrales dans la fabrication des normes, Rev. Droit et société, n°79, 2011/3, éd. Juridiques Associés p. 715-732, spéc. n° 5

A- L'absence de sanctions des règles régissant les relations contractuelles

769. L'absence des parties contractantes et l'utilisation du support électronique posent des problèmes relatifs à la preuve du contrat compte tenu de la disparition du support papier dans les relations contractuelles. Il s'agit de faire en sorte que les relations contractuelles se nouent dans les mêmes conditions de sécurité que dans le commerce traditionnel en s'assurant que les parties pourront faire la preuve du contrat. C'est la raison pour laquelle le législateur a élaboré des règles spéciales relatives à l'obligation d'accuser réception et à l'obligation d'archivage dans le but de neutraliser la dépersonnalisation. Toutefois, ces règles sont inefficaces car confrontées à une absence de sanctions. Les sanctions assurent l'efficacité des dispositions qu'elles accompagnent par la crainte qu'elles inspirent. L'efficacité est compromise parce que certaines obligations énoncées par les règles spéciales ne sont pas assorties de sanctions. Le défaut de sanction a pour conséquence un problème d'effectivité qui agit sur l'efficacité des règles spéciales. Il s'agit des règles relatives à l'obligation d'accuser réception et à l'obligation d'archivage.

770. L'obligation d'accuser réception constitue la première hypothèse de l'absence de sanction des règles. Elle émane de la Directive 2000/31/CE commerce électronique, et est régie par l'article 1369-5, alinéa 2 du Code civil en ces termes : « *L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée* ». Il a été précisé lors des débats parlementaires, que l'accusé de réception n'a qu'un « *rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle* »⁷³⁶. L'accusé de réception a un rôle informatif. Il n'est pas exigé pour que le contrat soit formé. Il a pour objectif de permettre au cocontractant d'être certain que sa commande est bien arrivée chez le cybercommerçant. Il joue donc le même rôle qu'une lettre recommandée avec accusé de réception.

Cependant, la Directive 2000/31/CE, dite commerce électronique n'a pas prévu de sanction en l'absence d'accusé de réception. Elle se contente de renvoyer d'une manière générale aux États membres le soin d'adopter les sanctions. Le législateur français reste muet sur la question de la sanction de la violation de l'obligation d'accuser réception de la commande. L'accusé de réception a une fonction probatoire, parce qu'il constate la conclusion du contrat. Le client aurait pu archiver la page du site qui contenait l'offre, mais il ne lui sera pas aussi

⁷³⁶ Avis n° 608 présenté par madame la députée Michèle TABACOT, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique, 11 févr. 2003, p. 61, disponible sur www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp

aisé d'établir qu'il a effectivement envoyé son acceptation en tapant son deuxième « clic ». L'accusé de réception lui simplifiera radicalement la tâche. Pourrait-on imaginer de contraindre les professionnels à insérer dans leur site une fonction automatisant complètement l'émission de l'accusé de réception ? Ce système est très largement pratiqué ; il garantit à toute personne qui envoie une acceptation d'obtenir un accusé de réception immédiat⁷³⁷. L'envoi de l'accusé de réception se fait automatiquement, car le système informatique du cybercommerçant est paramétré pour interagir de la sorte à la passation de la commande. Toutefois, s'il est prévu que le fournisseur « doit » accuser réception, et ceci « sans délai injustifié », *quid* s'il n'en fait rien ? L'accusé de réception ne doit être délivré qu'en réponse à une acceptation ; il faut donc prouver l'émission de l'acceptation pour prouver l'inertie fautive qui pourra sans doute engager la responsabilité du cybercommerçant. Or, l'accusé de réception est justement le moyen de prouver l'émission de l'acceptation. En son absence, une expertise technique pourrait peut-être permettre de prouver autrement l'émission de l'acceptation ; mais les expertises ont un coût important et la valeur des biens commandés est souvent modeste⁷³⁸. Alors l'internaute ne saurait s'engager dans cette voie.

771. L'obligation d'archivage du contrat est la deuxième hypothèse de l'absence de sanction des règles. L'archivage est couramment utilisé par les cybercommerçants pour se ménager une preuve. Si le cybercommerçant a recours à l'archivage, il doit non seulement en informer le cybercocontractant, mais préciser également si ce dernier peut avoir accès au contrat archivé. Cela est traduit par la Directive 2000/31/CE, dite commerce électronique à l'article 10-1, b) qui prévoit une obligation d'information : « ... *Si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non...* ». En aucun cas ladite Directive ne conférerait un caractère obligatoire à l'archivage du contrat. En revanche, le législateur français a rendu obligatoire l'archivage à travers l'article 25-2 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique. Il a consacré non pas de simples obligations d'information, mais une obligation d'archivage dans les relations avec les consommateurs pour les contrats dont la valeur est égale ou supérieure à 120 euros. L'obligation d'archivage qui impose la conservation du document contractuel est régie par l'article 1369-4, 4° du code civil : « ... *En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé...* » et par l'article L. 134-2 du Code de la consommation qui dispose que : « *Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant*

⁷³⁷ Philippe STOFFEL-MUNCK, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, précité, p. 49

⁷³⁸ Philippe STOFFEL-MUNCK, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, précité, p. 49

fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande », et par le Décret n° 2005-137 du 16 février 2005. Toutefois, la portée de ces dispositions est limitée, puisque cette obligation d'archivage n'est pas sanctionnée.

772. En somme, le législateur français impose au cybercommerçant dans le cadre du contrat, l'obligation d'accuser réception et l'obligation d'archivage du contrat dans le but de lutter contre les effets néfastes de l'absence du support papier due à la dépersonnalisation. Cependant, l'effectivité de ces règles spéciales, est compromise, dans la mesure où elles ne font l'objet d'aucune sanction. Le cybercommerçant peut donc facilement ne pas les respecter. Il importe donc dans le but de rendre effectives des règles spéciales qui sont censées donner confiance, de prévoir des sanctions. C'est pour cela que la rigueur des sanctions doit être préservée. En outre, l'effectivité des règles spéciales est aussi mise à mal dans les relations extracontractuelles, dans la mesure où ces règles censurées par le Conseil constitutionnel, offrent des sanctions inadéquates.

B- L'inadéquation des sanctions des règles régissant les relations extracontractuelles

773. La dépersonnalisation offre des possibilités dans l'univers du cybercommerçant en permettant la numérisation et la diffusion massive des œuvres d'une part et d'autre part, l'anonymat. Cela conduit aussi au développement de la contrefaçon des œuvres. Pour lutter contre ces pratiques illégales, le législateur a élaboré des règles spéciales sur le téléchargement illégal. Toutefois, ces règles sont inefficaces à cause de l'inadéquation des sanctions. Dans l'univers du cybercommerçant, les règles spéciales ont connu maintes péripéties à l'issue desquelles les principales dispositions ont disparu. Les interventions législatives successives pour lutter contre les pratiques illicites ont été accompagnées, de décisions du Conseil constitutionnel remettant en cause, pour non-respect des principes constitutionnels essentiels (égalité devant la loi pénale, pouvoir de sanction confiée à une autorité administrative, atteintes aux libertés individuelles : liberté de communication, présomption d'innocence, ...), certains des principaux éléments adoptés. Celles-ci ont ainsi été privées de portées réelles et ont nécessité l'élaboration d'une multitude de textes. Tout cela ne contribue pas à donner, auprès des délinquants que l'on cherchait ainsi à convaincre et

même du public dans son ensemble, crédit et autorité aux règles spéciales⁷³⁹. Le respect que ces règles doivent inspirer en sort assez gravement affaibli.

774. Soulevant de nombreuses et vives controverses et même des sentiments de totale incompréhension, sinon de forte hostilité, le législateur sous le contrôle du Conseil constitutionnel qui a censuré la Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins et la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dut s'y reprendre à plusieurs fois dans la précipitation, pour adopter des règles spéciales constituées de lois, de règlements et de décrets, dont l'application et l'efficacité sont bien loin d'être garanties.

D'abord, la Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins transposant la directive de 2001, déclassait en contravention la pratique de téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair. Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006⁷⁴⁰, a censuré les dispositions consistant à faire deux poids deux mesures sur le fondement du principe d'égalité devant la loi pénale : dès lors qu'il y a contrefaçon sur Internet, que ce soit par échange de fichiers pair à pair ou non, les mêmes peines délictuelles doivent être encourues.

Ensuite, le Conseil constitutionnel par sa décision 2009-580 du 10 juin 2009⁷⁴¹, a censuré une nouvelle fois, la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 qui prévoyait que la structure Hadopi pouvait interrompre l'accès Internet des abonnés pour sanctionner la violation de l'obligation de surveillance de la connexion. Les sanctions administratives prévues par la loi sont déclarées inconstitutionnelles. Le Conseil a affirmé que « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions* », la liberté d'expression et de communication implique l'accès à ces services. Dès lors, le législateur ne pouvait confier à une autorité administrative, fut-ce au nom de la protection de la propriété intellectuelle, un pouvoir de sanction consistant à suspendre l'accès à Internet⁷⁴².

Enfin, le dispositif législatif et réglementaire, particulièrement complexe, qui est issue de cette ambition a été complété par de nombreux textes d'application parmi lesquels on peut

⁷³⁹ Emmanuel DERIEUX et Agnès GRANCHET, Lutte contre le téléchargement illégal : Lois DADVSI et HADOPI, précité, n° 537, p. 194

⁷⁴⁰ Cons. Const., décision n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, JO 3 août 2006, p. 11541

⁷⁴¹ Cons. Const., décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin 2009

⁷⁴² Jean-Michel BRUGUIÈRE, Loi « sur la protection de la création sur Internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ?, D. 2009, p. 1770 ; Christiane FÉRAL-SCHUHL, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet, précité, n° 74.52, p. 499

citer pour les années 2010 et 2011, le Décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur Internet, le Décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la commission de protection des droits de la Hadopi, la circulaire du ministre de la justice du 6 août 2010 relative à la présentation des Lois n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ainsi que leurs décrets d'application, le Décret n° 2010-1267 du 25 octobre 2010 relatif à la « Carte musique », le Décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu en ligne, le Décret n° 2011-386 du 11 avril 2011 relatif aux indicateurs de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

775. Le nouveau dispositif mis en place est donc double : il s'agit d'empêcher la contrefaçon sur Internet, et, si la dissuasion a échoué, de la punir : Prévention/sanction⁷⁴³. Toutefois, ce dispositif est dépourvu d'efficacité. L'article 1^{er} de la Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 introduit l'article L. 331-21-1 du Code de la propriété intellectuelle, lequel confère aux membres de la Commission de protection des droits de la haute autorité et à certains agents habilités et assermentés à cette fin, des prérogatives de police judiciaire leur permettant de constater les infractions et de recueillir les observations des personnes mises en cause.

D'une part, en ce qui concerne les agents habilités et assermentés, la loi prévoyait déjà ce mécanisme d'agents assermentés à travers l'article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *Outre les procès-verbaux des officiers et agents de police judiciaire, la preuve de la matérialité de toute infraction aux dispositions des livres I^{er}, II et III du présent code et de l'article 52 de la Loi n° 85-560 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audio-visuelle, peut résulter des constatations d'agents assermentés (...)* ».

D'autre part, au niveau de la structure administrative, La Hadopi, une autorité administrative indépendante qui se substitue à l'Autorité de régulation des mesures techniques, est investie d'un certain nombre de missions. Dans la lutte contre le téléchargement illicite, elle adresse à l'abonné à Internet des avertissements gradués, en premier lieu sous forme de messages

⁷⁴³ Patrick TAFFOREAU, Les Lois « Hadopi » et la protection des droit d'auteur et droits voisins sur Internet, RLDI août 2011, n° 74, p. 112-117

électroniques et, 6 mois après sous forme d'une lettre recommandée. En cas de récidive dans une période d'un an, l'abonné reçoit un troisième avertissement et la Commission délibère pour décider de transmettre ou non le dossier au parquet. Le constat est que la Hadopi est privée de sa finalité essentielle, à savoir la compétence de prononcer, à l'encontre des abonnés qui auraient manqué de façon répétée à leur obligation de surveillance, en dépit des avertissements reçus, une suspension temporaire de leur accès à Internet. C'est le juge qui est tenu de prononcer cette sanction sur la base de l'infraction dite de « négligence caractérisée » selon l'article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit une suspension d'un mois de l'accès à Internet et une amende de la cinquième classe de 1 500 euros⁷⁴⁴.

La question fondamentale est donc le caractère dissuasif du dispositif mis en place. Au-delà de sa force obligatoire, c'est toute la question de sa force normative qui surgit avec le risque de la décrédibilisation d'un texte inappliqué. On peut de ce fait, craindre que le téléchargement illégal perdure parce que les internautes peuvent désormais télécharger en toute quiétude tant qu'ils n'auront pas reçu la seconde recommandation et même après l'avoir reçue. La raison est que la Hadopi ne dispose donc plus que d'un rôle préalable à une procédure judiciaire et les probabilités pour les internautes, d'être sanctionnés sont, tout à fait réduites. Il est notamment difficile de savoir avec certitude si le fait d'avoir reçu des messages électroniques ou lettres avec accusé de réception, détourne définitivement les destinataires des pratiques illicites. La Hadopi n'étant habilitée qu'à prononcer des avertissements à l'encontre des contrefacteurs, il n'était donc pas nécessaire de créer une nouvelle autorité administrative⁷⁴⁵.

776. En définitive, la dépersonnalisation permet l'existence de risques dus à la disparition du support papier, à l'anonymat et à la numérisation et la diffusion massive des œuvres qui facilitent aisément le téléchargement illégal et les problèmes de preuve. Dans le but de lutter contre le téléchargement illégal et instaurer la sécurité dans les relations contractuelles, le législateur a élaboré des règles spéciales. Cependant ces règles se sont révélées inefficaces car elles sont confrontées à un problème d'effectivité. Une règle est respectée parce que les individus la considère comme juste et légitime ou parce qu'ils craignent des sanctions. Les règles spéciales pourraient gagner en efficacité en étant adossées à un régime de sanctions adéquat. Or, si l'on en vient à proposer un régime d'application

⁷⁴⁴ Voir *supra* n° 746 et s., relatif à la responsabilité pénale de l'abonné à l'accès à Internet

⁷⁴⁵ Éléonore MIRAT et Patrick BOIRON, La loi HADOPI : beaucoup de bruit pour rien ?, RLDI 2009/51, n° 1702 ; Laure MARINO, La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2), D. 2010. 164

facultative des sanctions ou une absence de sanctions ou des sanctions inappropriées, il se peut qu'un décalage s'établisse entre la rigueur des textes et le défaut des sanctions ou des sanctions inadéquates, ceux-ci faisant perdre à ceux-là tout intérêt⁷⁴⁶. Dans l'univers du cybercommerçant, l'effectivité problématique des règles spéciales se manifeste à travers l'absence de sanctions des règles régissant les relations contractuelles et l'inadéquation des sanctions des règles régissant les relations extracontractuelles. L'inefficacité des règles spéciales impose de les remettre en cause.

II- La remise en cause des règles spéciales

777. L'usage d'Internet favorisant l'anonymat dû à l'absence des protagonistes et les nouvelles possibilités de numérisation et de diffusion offertes par le réseau Internet conduisent à s'interroger sur les conséquences juridiques d'une telle utilisation au regard des droits que le Code de la propriété intellectuelle confère aux auteurs. Il est nécessaire d'apprécier l'importance des usages illicites facilités par la dépersonnalisation et leur impact économique, et en conséquence de fixer les modes de sanctions les plus justes, les mieux adaptés et les plus dissuasifs.

Pour lutter contre ces effets néfastes de la dépersonnalisation, il faut remettre en cause les règles spéciales car elles sont inefficaces. Cette remise en cause impose l'abrogation du dispositif de sanction du téléchargement illégal (A) et le recours aux structures existantes (B).

A- L'abrogation du dispositif de sanction du téléchargement illégal

778. Face au développement de la contrefaçon des œuvres facilité par la numérisation et la diffusion massive des œuvres qu'offre le support électronique, le législateur a élaboré des règles spéciales. Ces règles qui ont pour objectif de lutter contre ces effets néfastes de la dépersonnalisation, à savoir le téléchargement illégal, se fonde sur le dispositif Hadopi. La structure Hadopi adresse d'abord, des avertissements administratifs aux internautes qui téléchargent illégalement à travers la riposte graduée (en envoyant aux internautes un message électronique d'avertissement, puis s'ils persistent à télécharger, ils reçoivent une lettre recommandée). Ensuite, leur dossier peut être transmis à un juge qui peut

⁷⁴⁶ Véronique MAGNIER, Les sanctions du formalisme informatif, JCP G 2004, I, 106

les condamner pour « négligence caractérisée » qui sanctionne le défaut de surveillance de l'accès à Internet, par une coupure partielle de leur connexion et une amende. Le système de lutte contre le téléchargement illégal est constitué d'un dispositif administratif et d'un dispositif pénal. Il n'en reste pas moins, que la sanction prévue est confrontée à un problème d'effectivité. Le bilan est plus que mitigé et l'outil de lutte contre le téléchargement illégal inadéquat. C'est le même constat que fait le rapport Lescure⁷⁴⁷ qui a dressé un bilan en demi-teinte du dispositif Hadopi. Cela impose d'abroger tout le dispositif de sanction du téléchargement illégal, à savoir le dispositif administratif (1) et le dispositif pénal (2).

1- L'abrogation du dispositif administratif

779. Les difficultés posées par la dépersonnalisation facilitant le développement de la contrefaçon des œuvres, ont amené le législateur à intervenir à travers l'instauration d'une autorité administrative la Hadopi et la riposte graduée. Toutefois, le dispositif Hadopi éprouve des difficultés à lutter efficacement contre le téléchargement illégal. C'est pour cela qu'il faut remettre en cause la règle spéciale, en abrogeant le dispositif administratif. Cela va consister précisément à supprimer la structure Hadopi et à abroger la riposte graduée.

780. La première solution consiste en la suppression de la structure administrative Hadopi, car la Hadopi ayant pour objectif de lutter contre la contrefaçon sur Internet, ne parvient pas à être efficace.

Le téléchargement illégal a pris une telle ampleur que les moyens qu'il faudrait mettre en œuvre pour en permettre le constat, la poursuite et la sanction, dépassent bien évidemment toutes les capacités en personnel et en financement que l'on pourrait y engager dans la structure Hadopi. En 2012, le budget de la Hadopi était de 11,4 millions d'euros, en 2013 il est tombé à 8,4 millions d'euros, et en 2014, 6 millions d'euros. Les seuls frais de personnel de la Hadopi se montent à 5,4 millions d'euros par an. Avec un budget de 6 millions, cela ne laisse que peu de manœuvre à la Hadopi pour mettre en place de nouvelles mesures ou même appliquer une riposte graduée. Le bilan depuis la création octobre 2010 – juin 2014 de la Hadopi est de 3 249 481 premières recommandations (messages électroniques d'avertissement), 333 723 deuxièmes recommandations (lettres recommandées avec accusé de

⁷⁴⁷ Rapport « Acte II de l'exception culturelle à l'ère du numérique », remis par monsieur Pierre LESCURE, le 13 mai 2013, au Président de la République et à la ministre de la culture et de la communication, disponible sur www.culturecommunication.gouv.fr

réception), 1289 délibérations, et 116 transmissions au parquet⁷⁴⁸. Le bilan de la Hadopi n'est donc pas spectaculaire. Malheureusement les pratiques illicites favorisées par l'utilisation du support numérique ne décroissent pas, et elles ont un impact négatif sur les activités économiques. En janvier 2009, le Syndicat national de l'édition phonographique évoquait une baisse de 15% (moins 107 millions d'euros) du marché français de la musique enregistrée, et cela pour la sixième année consécutive⁷⁴⁹. Le marché français de la musique a chuté de 4,4% en 2012, les ventes de DVD et blu-ray ont accusé une perte de 8,7%. Face à ce bilan, que certains diront en demi-teinte, il est finalement assez logique de supprimer l'autorité administrative Hadopi. Le rapport Lescure le préconise.

781. La deuxième solution consiste en l'abrogation de la riposte graduée, car elle ne permet pas de lutter efficacement contre le téléchargement illégal.

Bien qu'ayant proposé la suppression de la Hadopi, le rapport Lescure recommande que ses missions et le système de riposte graduée doivent être conservés. Dans les faits, si l'institution disparaît, quasiment tout ce qu'elle représente et ce qu'elle a mis en place continuera bel et bien à exister. Pas une seule ne disparaîtrait : le développement de l'offre légale, l'observation du marché et des usages (toute la partie études), la régulation des mesures techniques de protection, et bien sûr la protection du droit d'auteur et la lutte contre le piratage. Le rapport Lescure préconise de transférer toutes les missions actuelles de la Hadopi au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). Créé par la Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JORF du 18 janv. 1989, p. 728), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a pour mission de garantir la liberté de communication audiovisuelle en France. Le rapport Lescure justifie ce choix du transfert au CSA par le fait qu'Internet est devenu un média et que son rôle de régulateur pouvait facilement être élargi à celui de régulateur de l'offre culturelle numérique⁷⁵⁰.

Nous ne partageons pas cette solution du maintien de la riposte graduée. On touche à la question de la régulation d'Internet. Faut-il comprendre que le rapport Lescure considère qu'Internet est soluble dans l'audiovisuel ? Cela n'apporte rien à l'audiovisuel public, ni *a fortiori* à l'indépendance de l'audiovisuel. En outre, si les synergies avec certaines de ses missions actuelles, par exemple la vidéo à la demande sont assez évidentes, l'incursion du CSA dans la musique est beaucoup plus hasardeuse. Enfin, le fait de remplacer la HADOPI

⁷⁴⁸ Chiffres publiés par PCInpact, disponible sur www.nextinpact.com

⁷⁴⁹ Cité par Emmanuel DERIEUX et Agnès GRANCHET, Lutte contre le téléchargement illégal : Lois DADVSI et HADOPI, précité, n° 13, p. 14

⁷⁵⁰ Raphaële KARAYAN, Rapport Lescure : Hadopi supprimée, mais son héritage reste intact, L'Express – L'Expansion, 13 mai 2013, disponible sur www.lexpansion.lexpress.fr ; Raphaële KARAYAN, L'Hadopi va-t-elle réussir à survivre ?, L'Express – L'Expansion, 15 avr. 2014, disponible sur www.lexpansion.lexpress.fr

par le CSA, ne garantit pas l'efficacité des mesures, car elles sont les mêmes. Ce n'est pas la structure qui pose problème, ce sont plutôt les mesures pour lutter contre le téléchargement illégal qui sont inefficaces. L'on ne fait que déplacer le problème. La solution va consister à abroger purement et simplement le dispositif administratif ainsi que le dispositif pénal.

2- L'abrogation du dispositif pénal

782. L'absence des protagonistes et l'utilisation du support électronique facilitent le téléchargement illégal des œuvres protégées par le droit d'auteur, et tout en permettant l'anonymat qui rend difficile la détection des personnes responsables. Pour lutter contre le téléchargement illégal favorisé par la dépersonnalisation, le législateur a adopté la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet dite Loi Hadopi complétée par la Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, dite Hadopi 2, relative à la protection pénale des atteintes à la propriété littéraire et artistique sur Internet, qui met au centre de son dispositif une obligation de surveillance à la charge des personnes ayant souscrit un abonnement Internet. La violation de cette obligation de surveillance est constitutive de l'infraction de « négligence caractérisée » et sanctionnée par le juge, par une peine d'amende et une suspension de la connexion Internet. Toutefois, le dispositif pénal se révèle inefficace car confronté à un problème d'effectivité. C'est pour cela qu'il est essentiel d'abroger ce dispositif pénal d'infraction de « négligence caractérisée », en supprimant la suspension de l'accès à Internet et la peine d'amende.

783. L'abrogation du dispositif pénal implique d'une part, la suppression de la coupure de l'accès à Internet. La suspension de l'accès Internet de l'internaute était décidée, sur ordonnance pénale d'un juge et sanctionnait le « défaut de diligence dans le maintien opérationnel du dispositif de sécurisation d'Internet ». Le fournisseur d'accès Internet doit mettre en place une coupure sélective. L'internaute condamné doit pouvoir continuer à avoir accès à sa messagerie électronique, et à tout ce qui relève de la correspondance électronique privée. En outre, la télévision numérique et le téléphone, qui passent souvent par les mêmes réseaux qu'Internet dans les bouquets trois en un, doivent être maintenus. Tous les opérateurs ne disposent pas des capacités techniques pour effectuer une telle suspension sélective. En outre, le titulaire de l'abonnement n'est pas nécessairement celui qui en fait usage. Il peut s'agir d'une personne de son entourage ou de quelqu'un, plus ou moins habile technicien, qui

a réussi à passer par cette entrée sur le réseau. Le maintien de l'incrimination du défaut de sécurisation de l'accès à Internet est injuste, car il peut punir l'abonné qui a suffisamment sécurisé son accès à Internet et non l'auteur du téléchargement illégal en tant que tel.

Cette infraction dite de « négligence caractérisée » prévue à l'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle n'a guère connu de succès devant les tribunaux puisque, à notre connaissance, une seule peine de suspension de l'accès à Internet a été prononcée depuis le 27 juin 2010. En effet, le 3 juin 2013, le tribunal d'instance de Montreuil saisi par la Haute autorité avait condamné un employé de la mairie de Montreuil à 600 euros d'amende et quinze jours de suspension d'accès à Internet pour avoir téléchargé illégalement deux titres de musiques⁷⁵¹. Toutefois, la peine de suspension d'accès à Internet ne sera pas appliquée, car elle est abrogée par le Décret n° 2013-596, du 8 juillet 2013, supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁵². L'abrogation de la suspension de l'accès se justifie compte-tenu des difficultés techniques de son application et de l'importance d'Internet et de son accès en termes de droits et libertés fondamentaux. La suppression de la procédure de suspension de l'abonnement, sans doute disproportionnée par rapport aux enjeux attachés à l'accès à Internet, tombe conjoncturellement bien⁷⁵³.

784. L'abrogation du dispositif pénal exige d'autre part, la suppression de la peine d'amende.

Le Décret n° 2013-596, du 8 juillet 2013 précise que « *désormais seule une peine d'amende contraventionnelle de cinquième classe pourra désormais être prononcée pour l'infraction de négligence caractérisée* ». Tout au plus le juge peut appliquer une amende de 1500 euros ; une sanction qui jusque là a des difficultés pour être appliquée. Cette peine n'est donc pas en soi dissuasive, alors même que le but initial de la règle spéciale était de contourner les règles de droit commun en matière de contrefaçon, qui s'élèvent à trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende, des peines jugées trop lourdes pour de simples consommateurs. Il n'en demeure pas moins que l'infraction de « négligence caractérisée » subsiste pour l'heure et qu'elle est désormais punie d'une simple amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, c'est-à-dire 1500 euros ou 3000 euros en cas de récidive. Le rapport Lescure affirme que le recours au juge pénal n'est pas adapté, et préconise de ce fait, le

⁷⁵¹ Disponible sur www.nexinpact.com

⁷⁵² JORF n° 0157 du 9 juillet 2013, p. 11428, texte n° 60

⁷⁵³ Xavier DAVERAT, Un an de droit de la musique, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2014, étude 4, p. 26

passage à une sanction administrative, *« afin d'éviter la convocation au commissariat, le recours au tribunal de police et l'inscription de la condamnation sur le casier judiciaire »*. Dans le scénario proposé par le rapport Lescure, l'internaute repéré en train de télécharger une œuvre protégée recevra toujours un avertissement par courrier électronique. Au bout d'un certain nombre d'avertissements, dont le nombre n'est pas fixé par le rapport, l'internaute devra s'acquitter d'une simple amende administrative de l'ordre de 60 euros. Loin de partager cette position, nous proposons une abrogation pure et simple de l'infraction de « négligence caractérisée » avec sa peine d'amende.

785. En définitive, le législateur a élaboré des règles spéciales dans le but de lutter contre les effets néfastes de la dépersonnalisation qui se manifestent ici à travers le téléchargement illégal. Le téléchargement illégal est facilité par l'utilisation du support numérique en l'absence des protagonistes qui permet de numériser et de diffuser des œuvres. Toutefois, la structure Hadopi, et les mesures administratives et pénales mis en place par le législateur, ont montré leurs limites en ce qui concerne la lutte contre le téléchargement illicite. Cela ne sert à rien de prévoir un tel arsenal juridique si l'on n'a pas la possibilité de le faire véritablement fonctionner et si, en conséquence, les probabilités d'être sanctionnés sont, pour les internautes, tout à fait réduites. Le dispositif administratif et pénal de lutte contre le téléchargement illégal n'a pas convaincu. C'est pour cela qu'il faut mettre fin aux activités de la Hadopi, abroger la riposte graduée et l'infraction dite de « négligence caractérisée », et se tourner vers les structures existantes qui permettent de lutter contre les pratiques illicites sur Internet.

B- Le recours aux structures existantes

786. L'univers du cybercommerçant est dominé par la dépersonnalisation qui implique l'absence des protagonistes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance qui est le support électronique. Cette situation qui permet la numérisation et la diffusion massive des œuvres, facilite le téléchargement illégal avec la difficulté d'identifier les personnes responsables compte-tenu de l'anonymat. La solution aux risques posés par la dépersonnalisation ne se trouve pas dans l'élaboration de règles spéciales avec de nouvelles structures chargées de les mettre en œuvre. Force est de reconnaître que les problèmes juridiques posés dans l'univers du cybercommerçant par la dépersonnalisation, peuvent être

réglés par les structures de contrôle existantes et par des constructions prétoriennes élaborées à partir de textes édictés à un moment où le réseau numérique n'existait pas. C'est pour cela qu'il est impératif d'avoir recours aux structures existantes pour neutraliser les effets néfastes de la dépersonnalisation. Dans cette perspective, le recours aux structures de contrôle existantes est nécessaire (1) et le pouvoir du juge doit être mis à contribution dans l'application des règles générales (2).

1- Les structures de contrôle existantes

787. L'intervention du législateur pour lutter contre le téléchargement illégal favorisé par l'utilisation du support électronique, a montré ses limites. La lutte contre les effets néfastes de la dépersonnalisation en l'occurrence le téléchargement illégal exige d'orienter les actions à l'endroit des sites Internet qui proposent le téléchargement illégal ou d'autres pratiques similaires ou qui en tirent profit, et de confier cette mission aux structures existantes. Bien avant la création de l'autorité administrative Hadopi, il existait des structures de contrôle qui permettent jusqu'à présent de lutter contre les pratiques illégales d'abord dans le commerce traditionnel puis dans l'univers numérique avec l'avènement d'Internet. L'État français, au sein des ministères de l'intérieur et de l'économie et des finances, a mis en place de multiples services spécialisés pour lutter contre les pratiques illicites mises en œuvre dans l'univers du cybercommerçant. Il s'agit des structures de contrôle du ministère de l'économie et des finances et du ministère de l'intérieur, dotées de compétences techniques et d'outils modernes d'enquête qui permettent de lutter contre les pratiques illicites sur Internet en appliquant des sanctions adéquates et effectives.

788. Dans le cadre de la lutte contre le téléchargement illégal, il paraît plus aisé et plus juste d'accorder la priorité à la lutte contre les sites qui organisent de manière industrielle ou profitent de la contrefaçon. Il s'agit des sites qui permettent le téléchargement illégal, la numérisation ou la diffusion illégale des œuvres, ou des plates-formes en ligne qui tirent profit de la contrefaçon. Un ciblage plus fort des hébergeurs, des auteurs et des responsables de sites serait une meilleure efficacité puisque l'on s'attaquera à la source du contenu et non à sa diffusion. Ainsi, la lutte contre ces pratiques illicites sur Internet pourra être du ressort de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

(DGCCRF) qui dispose d'un centre de surveillance du commerce électronique (CSCE)⁷⁵⁴. Le centre de surveillance du commerce électronique (CSCE) suit les questions sur Internet liées à la répression des fraudes comme le faux label de vente en ligne, la publicité mensongère, les défauts de publicité des prix, les soldes illicites, la contrefaçon, la tromperie, etc. Il a pour mission de dresser les manquements constatés, les infractions relevées par procès-verbaux, les mesures de police administrative, les saisies et consignations. En cas de pratiques illicites, la procédure consiste en l'envoi d'un courrier au titulaire du site sur la réglementation applicable dans le cas d'infractions mineures ; l'avertissement adressé par l'administration suivi d'un second contrôle en cas d'infraction peu grave ; la transmission d'un procès-verbal au procureur de la République. Le CSCE agit en collaboration avec la Direction générale des douanes, la Direction générale des impôts ou encore la CNIL. Ces échanges d'informations permettent de lutter efficacement contre la contrefaçon.

Il existe aussi d'autres structures comme l'Office centrale de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information, la Brigade centrale de répression de la criminalité informatique, tous les services régionaux de la police judiciaire qui disposent d'un groupe d'enquêteurs spécialisés en délinquance informatique. Les structures de contrôle adaptent leurs moyens à ceux des auteurs de pratiques illicites. Elles améliorent les techniques de localisation des infractions, assurent la préservation des éléments de preuve, et intensifient la coopération entre les États. L'objectif étant d'être au plus près du mode de fonctionnement des auteurs de pratiques illicites et de décrypter leurs modes opératoires de plus en plus élaborés⁷⁵⁵.

2- Le pouvoir du juge dans l'application des règles générales

789. La dépersonnalisation facilite amplement le téléchargement illégal à travers la numérisation et la diffusion massive des œuvres. Il convient d'admettre que le téléchargement illégal est une contrefaçon qui appelle de ce fait l'application des règles existantes. Pour résoudre les problèmes posés par la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant, le pouvoir créateur et normatif du juge peut encore une fois être mis à contribution afin

⁷⁵⁴ Voir *supra* n° 341, relatif au renforcement du contrôle dans le chapitre 1 du titre 2 de la première partie

⁷⁵⁵ Corinne MASCALA, Criminalité et contrat électronique, in *Le contrat électronique*, journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 113-119 ; Voir Myriam QUÉMENER et Jean-Paul PINTÉ, Cybersécurité des acteurs économiques : risques, réponses stratégiques et juridiques, précité, n° 8.1.1, p. 188 et s.

d'appliquer les règles générales aux sites favorisant le téléchargement illégal et aux internautes auteurs de téléchargement illégal. Cela permet d'éviter des interventions prématurées et successives du législateur. La jurisprudence est de ce fait, parfois une source apaisante qui vise à freiner l'inflation législative⁷⁵⁶. C'est pour cela qu'il faut permettre au juge d'appliquer les règles générales, car elles demeurent efficaces pour lutter contre le téléchargement illégal, tout en mettant en relief les pouvoirs du juge conférés par le Code de procédure civile et le Code pénal.

790. Le pouvoir du juge se manifeste dans un premier temps, à travers les règles générales issues de la procédure civile qui vont s'appliquer aux sites favorisant le téléchargement illégal. Le juge peut avoir recours aux articles 808 et 809 du Code de procédure civile qui sont des règles générales s'appliquant à tous les opérateurs. Les juridictions ont la possibilité d'enjoindre à la plate-forme de prendre des mesures permettant de prévenir ou de mettre fin aux atteintes aux droits des tiers. Ces mesures sont nécessitées par l'urgence. L'urgence est une question de fait, qui relève en conséquence de l'appréciation souveraine du juge. Le juge bénéficie d'un large pouvoir de qualification des faits. Ce pouvoir du juge résulte de l'article 808 du Code de procédure civile en ces termes : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* » ; et de l'article 809 du Code de procédure civile qui dispose que : « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* »

791. Le pouvoir du juge se manifeste dans un deuxième temps à travers les règles générales issues du Code pénal déterminant la fixation de la peine. Le pouvoir reconnu au juge dans la fixation de la peine se manifeste dans le principe de la personnalisation des peines qui peut aisément s'appliquer à l'internaute qui pratique le téléchargement illégal constitutif de contrefaçon de droit d'auteur. Le juge peut adapter la sanction de contrefaçon et éviter l'inflation législative.

⁷⁵⁶ Xavier PRÈS, Les sources complémentaires du droit d'auteur français : Le juge, l'administration, les usages et le droit d'auteur, Thèse 2003, Aix-Marseille, Presse universitaires d'Aix-Marseille 2004, p. 83

L'une des raisons principales qui a donné lieu à l'élaboration des règles spéciales sur le téléchargement illégal est que la sanction de contrefaçon était trop lourde, et de ce fait inadéquate au téléchargement illégal. Or, la sanction de la contrefaçon de l'article L. 335-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle (trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour le délit de contrefaçon), constitue un maximum permettant aux juges d'adapter la sanction afin de l'appliquer à l'internaute, auteur de pratiques de téléchargement illégal constitutives de contrefaçon. Dans ce cadre, les juges peuvent alléger les sanctions des violations du droit d'auteur commises à des fins personnelles, sans but lucratif, sur le fondement du principe de la personnalisation des peines.

Le principe de la personnalisation judiciaire des peines est régi par l'article 132-24 du Code pénal en ces termes : « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. La nature, le quantum et le régime des peines sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ».

Ce principe permet de lutter contre l'inflation législative. Si le législateur avait reconnu au juge la possibilité d'appliquer ce principe, nombreuses seraient les lois relatives au téléchargement illégal qui n'auraient pas été adoptées⁷⁵⁷. Une infraction est envisagée par le texte qui la définit et la réprime d'une manière abstraite. Derrière celle-ci se dissimulent des réalités personnelles et circonstancielles diverses que le juge doit prendre en compte dans le prononcé de la sanction. La peine prononcée doit être adaptée. La personnalisation de la peine par le juge concilie les intérêts parfois opposés, dans la mesure où ils peuvent justifier selon les cas, soit une certaine mansuétude, soit au contraire une particulière sévérité. Pour personnaliser ou individualiser la peine, le juge doit tenir compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur et s'agissant du prononcé de la peine pécuniaire, des ressources et des charges de celui-ci⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Voir *supra* n° 737 et s., relatif aux sanctions du téléchargement illégal (dans le chapitre 1 : Le caractère superflu des règles spéciales)

⁷⁵⁸ Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, Droit pénal général, 6 éd. Economica 2009, n° 933 et s., p. 892 et s.

792. Pour résumer cette première section, nous pouvons affirmer que les règles spéciales sont inefficaces parce qu'elles sont complexes. La complexité résulte du contenu malaisé des règles spéciales et de leur effectivité qui est aussi problématique. L'objectif était de sécuriser les relations tant contractuelles qu'extracontractuelles dans l'univers du cybercommerçant. Cependant, le dispositif législatif et réglementaire, particulièrement complexe, qui est issu de cette ambition a été marqué par l'ambiguïté et la contradiction des règles d'une part, et d'autre part, par l'absence de sanction et la perte de la crédibilité des règles censurées par le Conseil constitutionnel. Il est nécessaire de remettre en cause ces règles spéciales afin d'appliquer les règles générales. Il en résulte que l'une des causes de l'inefficacité des règles spéciales réside dans leur complexité. L'autre raison de l'inefficacité est l'inadaptation des règles spéciales.

Section 2- L'inadaptation des règles spéciales

793. L'absence des protagonistes et l'utilisation du support numérique résultant de la dépersonnalisation, créent des difficultés d'identification et de localisation des différents protagonistes intervenant dans le contrat, et facilitent dans les relations extracontractuelles l'anonymat, et la numérisation et la diffusion massive des œuvres en violation des droits d'auteur dans l'univers du cybercommerçant. Ainsi, pour résoudre les problèmes posés par la dépersonnalisation, le législateur a élaboré des règles spéciales.

Toutefois, les règles spéciales ne correspondent plus aux réalités de l'univers du cybercommerçant. Dans les relations contractuelles, la prolifération de règles spéciales a conduit à la multiplication des statuts particuliers. L'articulation de ces différents statuts particuliers entre eux soulève bien des difficultés. C'est le cas du régime de responsabilité de plein droit de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique qui s'agence mal avec d'autres régimes spéciaux de responsabilité comme la responsabilité des agences de voyage et la responsabilité du fait des produits défectueux, qui ne sont pas toujours de plein droit. En outre, dans les relations extracontractuelles, pour neutraliser le développement de la contrefaçon facilité par l'utilisation du support numérique, le législateur a préféré plutôt régir un mode particulier de contrefaçon et d'exercice de l'activité en mettant l'accent sur la technique utilisée. L'évolution rapide de la technique a des conséquences sur les règles spéciales élaborées par le législateur pour lutter contre la contrefaçon. Ces règles concernent la responsabilité limitée des hébergeurs et le téléchargement illégal qui sont désormais inadaptées.

L'inefficacité des règles spéciales est due à leur inadaptation qui se manifeste dans les relations contractuelles par la mauvaise coordination de la responsabilité de plein droit avec les régimes spéciaux de responsabilité (I) et l'évolution rapide de la technique qui a un impact sur les règles spéciales relatives aux relations extracontractuelles (II).

Paragraphe 1- La responsabilité contractuelle de plein droit

794. Le législateur a voulu répondre aux risques résultant de la conclusion du contrat à distance. Ce mode de conclusion contraint souvent le cybercommerçant à solliciter des prestataires, notamment pour transporter vers le destinataire la chose vendue. Cette pluralité d'intervenants risque de compliquer l'action du client insatisfait dans la mesure où il devrait rechercher l'origine précise du dommage et les éventuels responsables. Pour éviter ce

risque, le législateur a souhaité offrir à tous les cocontractants un répondant unique afin de centraliser le contentieux sur la tête d'une seule personne : le cybercommerçant, à travers la responsabilité de plein droit. Toutefois, cette règle spéciale de responsabilité de plein droit suscite des inquiétudes dues à la mauvaise coordination avec les autres régimes spéciaux de responsabilité comme la responsabilité des agences de voyage et la responsabilité du fait des produits défectueux.

La mauvaise coordination de la règle spéciale de responsabilité de plein droit avec les autres régimes de responsabilité (I) impose de remettre en cause cette responsabilité de plein droit afin d'appliquer les régimes préexistants de responsabilité (II).

I- La mauvaise coordination avec les autres régimes spéciaux de responsabilité

795. La dépersonnalisation caractérisée dans l'univers du cybercommerçant par l'absence des parties contractantes et l'intervention éventuelle de tiers dans l'exécution du contrat, peut donner lieu à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat et poser des problèmes de détermination des personnes responsables. Face à ce risque, le législateur dans le but de susciter la confiance dans l'univers du cybercommerçant, a élaboré la règle spéciale de responsabilité de plein droit. Toutefois, le champ d'application de la responsabilité de plein droit issue de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique est très large. Il s'entrechoque de ce fait, avec d'autres régimes spéciaux de responsabilité qui existaient avant l'avènement du commerce électronique. La responsabilité de plein droit dans l'univers du cybercommerçant suscite des problèmes d'interprétation lorsqu'il s'agit de la combiner à d'autres régimes dérogatoires, tels que le régime de responsabilité des agences de voyage (A) et le régime de responsabilité du fait des produits défectueux (B).

A- La responsabilité des agences de voyage

796. L'inadaptation de la règle spéciale issue de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique qui impose une responsabilité de plein droit est due à la mauvaise coordination avec le régime de responsabilité des agences de voyages. Les agences de voyages en ligne sont affectées par ce dispositif dans la mesure où le régime spécial de responsabilité de plein droit qui découle de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, est

uniquement applicable en cas de vente d'un forfait touristique et est expressément exclu en cas de vente de simples titres de transport. Or, l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique n'opérant aucune distinction en fonction des produits ou services fournis, la responsabilité de plein droit des agences de voyage en ligne risque d'être engagée pour tout achat réalisé en ligne, que celui-ci porte sur un séjour touristique ou sur un billet d'avion ou de train. L'application de ces deux catégories de dispositions aboutit à des régimes opposés de responsabilité. Se pose alors la question de la combinaison de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique repris dans le Code de la consommation (nouvel article L. 121-19-4) avec l'article 24 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 codifié dans le Code du tourisme (ancien article L. 211-18).

797. L'article 23 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 « fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours » prévoit un régime de responsabilité de plein droit, mais l'article 24 en dispense *« les personnes physiques ou morales pour les opérations de réservation ou de vente n'entrant pas dans un forfait touristique, relatives soit à des titres de transport aérien, soit à d'autres titres de transport sur ligne régulière »*. Ces dispositions sont insérées dans le Code du tourisme qui prévoit un double régime de responsabilité pour les agences de voyages. L'article ancien L. 211-17 du Code du tourisme prévoit que l'agence de voyages qui organise ou qui vend un forfait touristique *« est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations découlant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services »*. L'article ancien L. 211-18 du Code du tourisme énonce que *« les dispositions de l'article L. 211-17 ne s'appliquent pas aux personnes physiques ou morales pour les opérations de réservation ou de vente n'entrant pas dans un forfait touristique, tel que défini à l'article L. 211-2, relatives soit à des titres de transport aérien, soit à d'autres titres de transport sur ligne régulière »*. Les agences de voyage qui exercent leur activité sur Internet relèvent tout à la fois du Code de la consommation et du Code du tourisme.

Deux situations différentes doivent être distinguées. Lorsque le contrat conclu sur Internet répond à la qualification de vente de voyages à forfait, la combinaison de l'article L. 121-19-4 du Code de la consommation et de l'article ancien L. 211-17 du Code du tourisme, ne pose aucune difficulté puisque les deux textes prévoient un régime de responsabilité de plein droit. En revanche, lorsque le contrat ne répond pas à la qualification de vente de voyages à forfait, on parle dans ce cas de convention « hors forfait », l'application conjointe des dispositions du Code de la consommation avec celles du Code du tourisme semble *a priori* plus délicate.

Se pose alors la question de la combinaison de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique codifiée dans le Code de la consommation en son article L. 121-19-4, avec l'article 23 de la Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 inséré dans le Code du tourisme en son article ancien L. 211-18.

S'agit-il d'une loi postérieure qui déroge à la première ou au contraire d'une loi générale qui doit céder le pas à une loi spéciale ? Faut-il appliquer la règle issue du Code de la consommation, chronologiquement postérieure et très générale ou la règle spéciale antérieure découlant du Code du tourisme ? Une autre question concerne la possibilité de déroger, en totalité ou en partie, à ce régime de responsabilité de plein droit, et renvoie donc au caractère d'ordre public. Cela peut permettre de faire ressortir la suprématie du Code de la consommation sur tout autre texte compte tenu de son caractère d'ordre public, à moins que le régime spécial de responsabilité des agences de voyage prévale sur le régime général applicable au commerce électronique par application de l'adage « *Generalia specialibus non derogant* » : ce qui est général ne déroge pas à ce qui est spécial⁷⁵⁹.

798. En définitive, la règle spéciale de la responsabilité de plein droit résultant de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique a été édictée dans le but de déterminer la personne responsable en l'occurrence le cybercommerçant en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution en dépit de l'intervention de tiers dans l'exécution du contrat. Toutefois, cette règle spéciale a été élaborée en méconnaissance du régime existant de la responsabilité des agences de voyage qui n'est pas toujours plein droit. La coexistence de la règle spéciale avec la responsabilité des agences de voyage, permet de mettre en relief l'inadaptation de la responsabilité de plein droit du cybercommerçant issue de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette situation se présente aussi à l'égard de la responsabilité du fait des produits défectueux.

B- La responsabilité du fait des produits défectueux

799. L'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique impose au cybercommerçant une responsabilité de plein droit. Or, la responsabilité du fait des produits défectueux qui s'applique aussi au cybercommerçant n'est pas toujours de

⁷⁵⁹ Sur cet adage, Voir Henri ROLAND et Laurent BOYER, Lexique juridique, expressions latines, Litec, 4^e éd., 2006, p. 115

plein droit. La responsabilité du fait des produits défectueux est régie par la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985⁷⁶⁰, transposée en droit français par la Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, modifiée par les Lois n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 et n° 2006-406 du 5 avril 2006, et codifiée aux articles 1386-1 à 1387 du Code civil. Il existe de ce fait une mauvaise coordination entre la règle spéciale du commerce électronique et la responsabilité du fait des produits défectueux.

800. La responsabilité du fait des produits défectueux concerne la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux lui-même. Ne sont concernés que les biens meubles. Un produit est considéré comme défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre selon l'article 1386-4 du Code civil. La responsabilité pèse selon l'article 1386-6 du Code civil, sur le producteur *stricto sensu*, c'est-à-dire le fabricant d'un produit fini ou d'une matière première⁷⁶¹, et sur les producteurs assimilés à savoir les sociétés de distribution et les importateurs⁷⁶². Aux termes de l'article 1386-7 alinéa 1^{er} du Code civil, modifié par les Lois n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 et n° 2006-406 du 5 avril 2006, « *Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée* ».

Il ressort de cet article que les fournisseurs professionnels qui peuvent être des cybercommerçants échappent à ce régime s'ils désignent leur propre fournisseur ou producteur dans le délai de trois mois de la demande de la victime. Leur responsabilité est considérée comme subsidiaire, car elle n'a lieu que lorsque le producteur « *ne peut être identifié* », ce qui devrait être relativement rare. Les victimes devront agir contre le producteur, sauf à actionner le fournisseur en prouvant une faute personnelle de celui-ci selon le droit commun⁷⁶³. La victime supporte la charge de la preuve et doit prouver selon l'article 1386-9 du Code civil, l'existence du dommage, le défaut du produit et le lien de causalité

⁷⁶⁰ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L. 210 du 7 août 1985, p. 0029-0033

⁷⁶¹ Article 1386-6, alinéa 1^{er} du Code civil : « *Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante* ».

⁷⁶² Article 1386-6 alinéa 2 du Code civil : « *Toute personne agissant à titre professionnel qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ; qui importe un produit dans la Communauté européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution* ».

⁷⁶³ Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, précité, n° 3.34, p. 135 et s.

entre ce dommage et ce défaut. L'action en responsabilité s'éteint dix ans à compter de la mise en circulation du produit. La mise en circulation qui se fait une seule fois, se traduit par un dessaisissement volontaire du produit réalisé par le producteur.

La combinaison du régime de la responsabilité de plein droit du cybercommerçant avec celui de la responsabilité du fait des produits défectueux paraît délicate. Que décider alors en présence d'un dommage causé par un produit acheté en ligne et qui a été mis en circulation depuis plus de dix ans ? Faudrait-il appliquer les articles 1386-1 et suivants du Code civil sur la responsabilité du fait des produits défectueux au cybercommerçant ou la responsabilité de plein droit énoncée par l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, et reprise dans le Code de la consommation (nouvel article L. 121-19-4), ce qui reviendrait à le tenir comptable de dommages dont il ne pourrait demander garantie au producteur⁷⁶⁴?

801. En somme, la dépersonnalisation pose la difficulté de la détermination exacte des personnes responsables dans le cas de l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, compte tenu des éventuels intervenants dans l'exécution du contrat conclu dans l'univers du cybercommerçant. Le législateur, pour résoudre ce problème, a élaboré la règle spéciale de la responsabilité de plein droit définie à l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique. Toutefois, cette règle se trouve inadaptée. L'inadaptation de la règle spéciale se voit lorsqu'elle est confrontée aux régimes spéciaux de responsabilité existants. La règle spéciale a du mal à se concilier avec certains régimes spéciaux de responsabilité existants à savoir la responsabilité des agences de voyages et la responsabilité du fait des produits défectueux. La mauvaise coordination de la responsabilité de plein droit avec les autres régimes spéciaux de responsabilité se traduit par le fait que ces responsabilités ne sont pas toujours de plein droit contrairement à celle qui résulte de la règle spéciale. C'est la raison pour laquelle il faut remettre en cause la règle spéciale de la responsabilité de plein droit.

II- La nécessité de remettre en cause la responsabilité de plein droit

802. La dépersonnalisation pose des problèmes liés à l'identification et à la localisation des personnes responsables de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du

⁷⁶⁴ Cyril CHABERT, Le commerce électronique et la loi sur l'économie numérique du 21 juin 2004, RLDC, Supplément n° 13, févr. 2005, précité, p. 33

contrat, que la responsabilité de plein droit n'arrive pas à résoudre. Il y a nécessité de remettre en cause la responsabilité de plein droit avec pour conséquence l'application des régimes préexistants de responsabilité et le recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges qui permettent de neutraliser la dépersonnalisation.

Le régime de la responsabilité de plein droit du cybercommerçant n'est pas organisé par la Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite commerce électronique. Il est uniquement prévu en droit interne, à l'article 15 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique. La responsabilité de plein droit ne figurait pas dans le projet de loi gouvernemental. La disposition est issue d'un amendement⁷⁶⁵ présenté lors de la première lecture du texte à l'Assemblée nationale et visait à renforcer la confiance des utilisateurs. Elle prévoyait dans cette première version non pas une responsabilité de plein droit, mais une responsabilité unique du cocontractant pour toutes les opérations concourant à la bonne fin de l'opération. L'Assemblée nationale, échaudée par l'affaire Pèrenoel.fr⁷⁶⁶, avait en deuxième lecture, été plus loin en instaurant une responsabilité de plein droit⁷⁶⁷. Il s'est agi d'une reprise des règles de la responsabilité du fait d'autrui, avec pour différence, l'extension de son domaine d'application. Cette extension suscite des difficultés, car elle accroît les obligations du cybercommerçant et démontre la mauvaise coordination avec les autres régimes spéciaux de responsabilité. Une telle distorsion se comprend difficilement et elle peut mettre en péril le développement du commerce électronique. La conséquence est que les règles spéciales relatives aux relations contractuelles engendrent un nouveau déséquilibre, qui se substitue à celui que la loi voulait combattre. Il y a nécessité pour le législateur d'abroger cette règle spéciale de responsabilité de plein droit pour permettre l'application des régimes préexistants de responsabilité.

Le développement des échanges par voie électronique entraîne de nouvelles formes de conflits générées par la dépersonnalisation. Compte tenu du défaut de présence physique des parties contractantes et de l'intervention des intermédiaires dans l'exécution du contrat d'une part, et d'autre part, des faibles montants des transactions, les parties lésées sont réticentes à utiliser les procédures judiciaires classiques en raison de leurs coûts et des questions complexes liées au droit international privé lorsque le professionnel est établi dans un pays étranger. Les modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges permettent de pallier ces inconvénients et offrent aux parties contractantes un recours peu onéreux et une solution

⁷⁶⁵ Amendement 63 : JOAN, CR, session ordinaire 2002-2003, 2^e séance, 26 févr. 2003

⁷⁶⁶ TGI Paris, Association Famille de France c/ SA Père-noel.fr, JCP G 2003, II, 10079, obs. Ph. Stoffel-Munck ; comm. Com. électr. 2003, comm. 42, Ph. Stoffel-Munck

⁷⁶⁷ Anne DEBET, Les dispositions du Code de la consommation relatives au droit du commerce et des communications électroniques modifiées par la Loi Chatel, Comm. com. électr. 2008, n° 40

rapide et adaptée aux litiges intéressant les activités du commerce électronique. Ils permettent d'instaurer une certaine confiance.

Ainsi, l'abrogation de la règle spéciale de responsabilité de plein droit aura pour conséquence l'application des régimes préexistants de responsabilité (A) et le recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges pour asseoir une pleine efficacité (B).

A- L'application des régimes préexistants de responsabilité

803. L'absence des parties contractantes et l'intervention de tiers dans l'exécution du contrat peut donner lieu à des difficultés d'identification et de localisation des personnes responsables de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat conclu dans un univers marqué par la dépersonnalisation. Le développement des activités du cybercommerçant exige un environnement sécurisé. Or, la responsabilité du fait d'autrui s'applique à tous les contrats faisant intervenir un tiers préposé ou substitut du débiteur de l'obligation. Cette situation correspond à celle envisagée dans de nombreux contrats conclus dans l'univers du cybercommerçant. La responsabilité du fait d'autrui s'applique aisément au commerce électronique. Elle permet de neutraliser les risques liés à la dépersonnalisation sans exiger l'élaboration d'une règle spéciale. En dépit de tout cela, le législateur a élaboré une règle spéciale relative à la responsabilité de plein droit qui reprend les termes de la responsabilité du fait d'autrui en étendant son domaine d'application. Cette règle spéciale pose de nouvelles difficultés lorsqu'elle est confrontée à certains régimes spéciaux de responsabilité : elle se révèle inadaptée. Pour résoudre ce problème, il est essentiel d'abroger la règle spéciale de responsabilité de plein droit. Cela va permettre d'appliquer purement et simplement dans l'univers du cybercommerçant, les régimes de responsabilité qui s'appliquent dans le commerce traditionnel. Ce choix est conforté dans la mesure où dans certaines situations, la règle spéciale de la responsabilité de plein droit a été écartée, à travers l'intervention du législateur pour l'application de la responsabilité des agences de voyage, et à travers les précisions de la jurisprudence pour l'application de la responsabilité du fait des produits défectueux.

804. Dans la première situation, l'intervention du législateur a permis d'écarter la règle spéciale de la responsabilité de plein droit au profit de la responsabilité des agences de voyage.

Le problème se posait au niveau de l'application de la règle spéciale de la responsabilité de plein droit aux agences de voyage dans le cas de convention « hors forfait ». L'on se demandait s'il fallait appliquer la responsabilité de plein droit ou la responsabilité des agences de voyage surtout dans le cas de convention « hors forfait ». La majorité de la doctrine⁷⁶⁸ a opté pour la responsabilité des agences de voyage en ayant recours à l'adage « *Generali specialibus non derogant* ». Appliqué à la succession des lois dans le temps, cet adage implique que l'adoption d'une loi générale n'affecte pas la loi spéciale, qui fera désormais figure d'exception par rapport au texte postérieur. Cette position est confortée par la jurisprudence. En effet, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 26 mars 2009⁷⁶⁹, sur le fondement de l'adage selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale, a refusé d'appliquer les dispositions du Code de la consommation sur la responsabilité de plein droit dans le cas de la vente à distance d'un billet d'avion. Elle fait prévaloir les dispositions du Code de tourisme qui excluent la responsabilité de plein droit de l'agence de voyage dans l'hypothèse de la vente d'« un vol sec ».

Ce régime de responsabilité de plein droit est vivement critiqué, notamment dans la mesure où il fait peser sur les cybercommerçants des obligations plus lourdes que celles prévues pour les commerçants traditionnels. Le législateur est intervenu pour résoudre ce problème à travers la Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques⁷⁷⁰, visant à transposer la Directive n° 2006/123/CE, dite « services », du 12 décembre 2006. Cette loi vient mettre fin à la discrimination entre les agences de voyages traditionnelles et celles qui exercent leurs activités sur Internet. Désormais, les articles L. 211-16 et L. 211-17 du Code du tourisme soumettent les agences de voyage en ligne dans le cadre de leur activité de vente de voyages et de séjours, à un régime de responsabilité de plein droit, excepté pour les opérations de réservation ou de vente n'entrant pas dans un forfait touristique, relatives soit à des titres de transport aérien, soit à d'autres titres de transport sur

⁷⁶⁸ Christophe LACHIÈZE, Code de la consommation et Code du tourisme : conflit ou concorde ?, JCP G 2009, I, 145 ; Mireille BACACHE, Les nouveaux défis de la responsabilité : l'article 15 de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ? in Les nouveaux défis du commerce électronique, précité, p. 31 et s., spéc. 39 ; Thibault VERBIEST, Le nouveau droit du commerce électronique : La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, précité, n° 219 et s., p. 145 et s. ; Cyril ROJINSKY et Guillaume TEISSONNIÈRE, L'encadrement du commerce électronique par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précité ; Thibault VERBIEST, Responsabilité de plein droit du cybervendeur : un régime applicable ?, disponible sur : www.droit-technologie.org

⁷⁶⁹ CA Paris, 26 mars 2009, SASU Go Voyages c/ SCP Brouard Daude, P.A. et S. D, note Anne DEBET, Com. comm. électr. n° 7, juill. 2009, comm. 66 ; Anne DEBET, Application d'une règle spéciale issue du Code du tourisme dans l'hypothèse d'une vente de « vol sec » sur Internet, Com. comm. électr. n° 7, juill. 2009, comm. 66 ; Anne DEBET, *Generalia specialibus non derogant* : un adage de droit romain appliqué au commerce électronique, CCE, n° 6, juin 2008, comm. 79

⁷⁷⁰ Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009, de développement et de modernisation des services touristiques, JORF 24 juill. 2009, p. 12352

ligne régulière. Le nouvel article L. 211-17 dispose que « *l'article L. 211-16 ne s'applique pas aux personnes physiques ou morales pour les opérations de réservation ou de ventes, conclues à distance ou non, n'entrant pas dans un forfait touristique tel que défini à l'article L. 211-2, relatives soit à des titres de transport aérien, soit à d'autres titres de transport sur ligne régulière* ».

805. Dans la deuxième situation, les précisions de la jurisprudence ont permis l'application de la responsabilité du fait des produits défectueux en écartant la règle spéciale de la responsabilité de plein droit.

La solution dépendait du caractère facultatif ou exclusif du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux. Le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux s'efface elle-même devant l'empire du droit commun et des autres régimes spéciaux de responsabilité, à travers le droit d'option accordé à la victime par l'article 1386-18 du Code civil en ces termes : « *Les dispositions du présent titre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité. Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond* ». C'est la victime elle-même qui, en exerçant son droit d'option, fait échec à l'application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux. Toutefois, il s'agit d'une option globale : ce sera tout ou rien. Le texte renvoie au droit de la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle, ou à tout autre régime spécial. Au titre de la responsabilité quasi délictuelle, la victime, vrai tiers, peut fonder son action sur l'article 1382 du Code civil (la jurisprudence décide que la mise sur le marché d'un produit défectueux est une faute), ou poursuivre le fabricant en qualité de gardien de la structure du produit en application de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil. Au titre de la responsabilité contractuelle, elle peut invoquer, qu'elle soit acquéreur ou sous acquéreur, la garantie des vices cachés ou le manquement à l'une des obligations professionnelle détachées de la vente : renseignement, mise en garde, sécurité⁷⁷¹.

Toutefois, le caractère facultatif de ce régime tranchait singulièrement avec le fait que son contenu soit impératif. C'est pour cela que la Cour de justice de l'Union européenne a imposé une interprétation restrictive qui tend à évincer tout autre régime de responsabilité sans faute si les conditions d'application de ce régime sont réunies. Sous couvert d'interprétation de l'article 13 de la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, mais opérant une

⁷⁷¹ Janine REVEL, La coexistence du droit commun et de la loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux, RTD Com. 1999. 317

distinction non prévue par elle, la Cour de justice de l'Union européenne, le 25 avril 2002⁷⁷², a considéré que le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux est exclusif. Ce régime exclut de ce fait l'application de tout autre régime de responsabilité, sauf si celui-ci repose sur un fondement différent, comme la faute ou la garantie contre les vices cachés.

La jurisprudence française s'est pliée à cette interprétation. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation s'est alignée sur cette position dans un arrêt du 15 mai 2007⁷⁷³. Il est en de même dans un arrêt du 26 mai 2010 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui soutient que non seulement l'acquéreur ne peut plus invoquer l'obligation prétorienne de sécurité du vendeur professionnel, mais il en va de même d'un tiers au contrat⁷⁷⁴. Le droit commun et les autres régimes spéciaux de responsabilité n'ont plus qu'une vocation résiduelle si les conditions du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux sont réunies⁷⁷⁵. Dans ces circonstances, la responsabilité de plein droit de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique ne sera pas appliquée.

806. En définitive, face aux risques posés par la dépersonnalisation dans le cadre de l'identification et la localisation des personnes responsables dans l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, le législateur a élaboré la règle spéciale de l'article 15 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique. Toutefois, l'inadaptation de cette règle met en évidence la question de la combinaison de la responsabilité de plein droit avec la responsabilité des agences de voyage et la responsabilité du fait des produits défectueux. Pour résoudre ce problème, il a fallu l'intervention du législateur afin d'appliquer la responsabilité des agences de voyage à travers l'élaboration de nouvelles règles, et les précisions de la jurisprudence donnant lieu à l'application de la responsabilité du fait des produits défectueux. L'intervention du législateur et les précisions de la jurisprudence ont permis d'appliquer le régime antérieur à l'avènement de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique à tous les opérateurs. Il est essentiel d'abroger purement et simplement la règle spéciale de responsabilité de plein droit afin d'appliquer les régimes préexistants de responsabilité et d'avoir recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaires des litiges qui demeurent efficaces pour neutraliser la dépersonnalisation.

⁷⁷² CJCE 25avr. 2002, aff. C-52/00, Commission c/ Rép. Française, Rec. CJCE 2002, I, p. 3827 ; D. 2002. 2562, note C. Larroumet : pas de cumul possible de la responsabilité du fait des produits défectueux et celle du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil.

⁷⁷³ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, Bull. civ. I, n° 186 ; D. 2007, AJ 1593, obs. I. Gallmeister, JCP 2007. II, n° 2344, note L. Leveneur ; Rev. des contrats 2007. 1147, note J.-S. Borghetti ; RTD civ. 2007. 580, obs. P. Jourdain

⁷⁷⁴ Cass. com., 26 mai 2010, Bull. civ. IV, n° 99, D. 2010, AJ 1483 ; JCP E 2010, n° 34, 1721, note L. Leveneur

⁷⁷⁵ Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, précité, n° 3-18, p. 130

B- Le recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges

807. Le défaut de présence physique des parties lors de la conclusion du contrat et l'intervention de plusieurs intermédiaires dans l'exécution du contrat posent des risques liés à la détermination de l'identité réelle et de la localisation de toutes ces personnes intervenant dans le contrat en vue de situer et engager leur responsabilité en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat. Ces risques confrontés à la valeur du contrat (le faible montant en jeu pour les litiges de consommation) et au coût élevé de la procédure judiciaire ne permettent pas de susciter la confiance pour conclure des contrats dans un environnement marqué par la dépersonnalisation. Dans le but de susciter la confiance, de nombreux cybercommerçants privilégient des modes conventionnels de traitement de leurs différends. Usant de leurs libertés contractuelles, ils souhaitent ainsi éviter pour leurs litiges nationaux et surtout transnationaux, le contentieux judiciaire dont les mécanismes issus du droit international privé, se révèlent longs, complexes et coûteux. Ces modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges constituent une forme de justice contractuelle puisque la désignation du médiateur, ou de l'arbitre repose sur un fondement contractuel. La logique d'efficacité et d'abaissement des coûts a suscité l'éclosion d'un véritable marché des méthodes de résolution des litiges en ligne. Diverses structures proposent des services d'arbitrage ou de médiation en ligne. Si l'arbitrage est réglementé, tel n'était pas le cas pour la médiation. C'est pour cela que les instances européennes ont décidé d'encadrer les modes alternatifs de règlement extrajudiciaires des litiges. La réglementation des modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges est largement orientée vers le standard du procès équitable, ce qui revient à calquer ses exigences sur celles des procédures judiciaires traditionnelles. Il s'agit de trouver un équilibre entre le besoin de flexibilité et la nécessité de garantir la qualité des résultats, et la relation harmonieuse avec les procédures judiciaires. Les modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges constituent des instruments qui permettent de neutraliser la dépersonnalisation. C'est pour cela qu'ils sont recommandés par les règles générales et confortés par la pratique (1) afin d'aboutir à « une justice privée » efficace fondée sur les principes généraux (2).

1- Les fondements du recours aux modes alternatifs

808. Le processus de règlement extrajudiciaire des litiges s'adapte à la spécificité des litiges survenant sur le réseau numérique. De la même manière que les parties ont pu

contracter à distance, elles doivent également pouvoir régler leur litige en ligne. Par l'utilisation des mêmes outils de communication, la difficulté de la localisation des parties est ainsi surmontée, en particulier si elles résident dans deux États distincts. Les parties ont l'avantage de s'affranchir partiellement des mécanismes complexes du droit international privé. Les modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges sont simples, rapides et économiques ; et ils pallient certaines carences des systèmes juridictionnels nationaux en matière de petits litiges, et dans les litiges internationaux. A la vérité, les deux modes de résolution des litiges : le mode judiciaire et le mode alternatif extrajudiciaire peuvent parfaitement coexister, car l'une des parties peut à tout moment saisir le juge étatique. Toutefois, le mode dit alternatif doit être d'abord pensé en termes de légitimité, ensuite convaincre de sa pertinence⁷⁷⁶. Les modes alternatifs de règlement des litiges contribuent amplement à désengorger les juridictions étatiques. C'est la raison pour laquelle la voie extrajudiciaire nous paraît adaptée à Internet et est recommandée par les instances européennes et le législateur français. C'est aussi dans cet esprit, qu'un nombre impressionnant d'organismes privés offre des services en ligne de règlement des différends qui rencontrent l'adhésion des parties contractantes.

809. Le recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges est dans un premier temps recommandé par les textes. Plusieurs textes, européens et français envisagent et encouragent la résolution extrajudiciaire des litiges.

Au niveau européen, nous avons la Recommandation de la Commission européenne du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation⁷⁷⁷, la Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation⁷⁷⁸, la Communication de la Commission relative à l'élargissement de l'accès des consommateurs aux autres systèmes de résolution des litiges⁷⁷⁹. La Commission européenne a publié le 19 avril 2002, un Livre vert « sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial »⁷⁸⁰.

C'est dans cette logique que s'inscrit la Directive 2000/31/CE commerce électronique, en son article 17.2 qui dispose que : « *Les États membres veillent à ce que leur législation ne fasse obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaires pour le règlement des*

⁷⁷⁶ Michel Vivant, Le commerce électronique, défi pour le juge, D. 2003, 674

⁷⁷⁷ JOCE, L 115/31 du 17 avril 1998

⁷⁷⁸ JOCE, L 109 du 19 avr. 2001, p. 56-61

⁷⁷⁹ Com. 2001, 161 Final, 7 févr. 2001

⁷⁸⁰ COM (2002), 196 Final du 19 avr. 2002

différends disponibles dans le droit national, y inclus par les moyens électroniques appropriés. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique ».

Au niveau de la législation nationale, nous pouvons citer l'article R 111-2-II du Code de la consommation qui dispose que : *« Tout professionnel prestataire de services doit également communiquer au consommateur qui en fait la demande ...les informations sur les conditions de recours à des moyens extrajudiciaires de règlement des litiges, lorsque ces moyens sont prévus par un code de conduite, un organisme professionnel ou tout autre instance... »*

810. Le recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges est dans un deuxième temps conforté par la pratique. Les instances de règlement extrajudiciaire des litiges se sont développées avec les besoins de la pratique. Il s'agissait de créer un climat de confiance favorable au développement du commerce électronique. En cela, les cybercommerçants vont insérer dans leurs contrats une clause relative au recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges. Théoriquement comme tout contrat, ce processus de règlement conventionnel doit simplement respecter les règles d'ordre public, ce qui signifie que tout acteur capable de contracter peut également opter pour les modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges pour résoudre son litige dans les limites de sa liberté contractuelle. Dans ces conditions comme dans de nombreux autres domaines, Internet est depuis son évolution vers le grand public l'objet de nombreuses expériences privées de médiation et d'arbitrage concernant l'ensemble des acteurs d'Internet à travers la convention ou la clause insérée dans le contrat principal. Il existe un important mouvement international en faveur des pratiques de résolution extrajudiciaire des conflits par les voies d'Internet et visant, au premier chef, les conflits relatifs au commerce électronique. La justice alternative en ligne constituerait, en quelque sorte, une alternative à la justice étatique traditionnelle. Si ce phénomène emprunte les pistes privilégiées de la médiation et de l'arbitrage, rien n'indique que son champ de développement ne puisse s'étendre au-delà⁷⁸¹. En pratique, l'influence normative de l'arbitrage sur la régulation d'Internet se limite aux litiges

⁷⁸¹ Gérard CHABOT, La cyberjustice : réalité ou fiction ?, D. 2003, n° 34, Doctr. I 59, p. 2322

entre acteurs professionnels, à l'exception notable du cas spécifique des litiges relatifs aux noms de domaine⁷⁸².

Plusieurs structures ont mis en place un service de médiation ou d'arbitrage en ligne. C'est le cas du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) créé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, du Centre européen des consommateurs, de la Fédération des entreprises du commerce électronique et de la vente à distance (la Fevad) et du Forum des droits sur l'internet (FDI). Nous allons plus insister sur l'expérience des deux dernières structures à savoir la Fédération des entreprises du commerce électronique et de la vente à distance (la Fevad) et le Forum des droits sur l'internet (FDI). En effet, la Fevad a mis en place depuis décembre 2012 un système qui a vocation à rechercher une solution amiable aux conflits entre les consommateurs et les entreprises. Ce système s'appuie sur l'ensemble des dispositions législatives, réglementaires et déontologiques de la profession. Il est gratuit, un engagement de confidentialité est demandé aux parties, et le médiateur donne un avis dans un délai de 6 semaines à réception d'une saisine considérée comme recevable.

Le Forum des droits sur l'internet (FDI) est une plate-forme de règlement en ligne des litiges, gratuite pour les justiciables, qui avait été créée en 2001, avec pour objectif essentiel de régler amiablement les litiges liés à Internet. Il a conclu le 12 juin 2007, une convention avec le ministère de la justice, prévoyant de fournir des conseils et de la formation sur la pratique de la médiation. L'objectif est de favoriser le recours à la médiation pour résoudre amiablement les différends liés à Internet. Cette formule aurait fait ses preuves puisque le Forum des droits sur l'internet indique qu'en 2006, sur 5 000 demandes reçues, le taux de résolution aurait atteint 88,9%. Mais en 2007, le nombre de demandes aurait baissé avec un taux de résolution de 87%⁷⁸³. Dans le même objectif, le Forum des droits sur l'internet et la Cour d'appel de Paris ont signé un protocole d'accord le 7 avril 2009 visant à développer la médiation en ligne afin de résoudre les litiges de la vie courante impliquant l'usage d'Internet, ainsi que l'accès à l'information juridique. Ce partenariat est mis en œuvre à titre expérimental dans sept juridictions pilotes du ressort de la Cour d'appel de Paris pour une durée d'un an⁷⁸⁴. Les personnes ayant des questions liées à Internet sont orientées par les greffes des tribunaux pilotes vers le service d'information du public du Forum des droits sur l'internet. Ils ont ainsi

⁷⁸² En matière de conflit sur les noms de domaine, l'ICANN et en relai l'OMPI ont bien réussi à mettre un système de résolution des litiges, système qu'il est très difficile d'analyser, car participant de l'arbitrage, il n'en est pas tout à fait un et va plus loin qu'une simple expertise puisque celui désigné du nom d'expert tranche, mais le système qui fonctionne parfaitement en alternative efficace au système judiciaire : Voir *supra* n° 411, relatif à la protection des tiers dans le chapitre 2 du Titre 2 de la première partie : les instruments de l'activité

⁷⁸³ Forum des droits sur l'internet, Bilan d'activité de la Médiation pour 2007, disponible sur www.foruminternet.org

⁷⁸⁴ Voir FDI et Cour d'appel de Paris, Communiqué, 7 avr. 2009, www.foruminternet.org/institution/espace-presse/communiqués-de-presse/IMG/pdf/CP_protocole_FDI_CA.pdf

accès à une base d'informations juridiques et pratiques leur permettant de mieux maîtriser l'univers numérique⁷⁸⁵. En outre, les greffes invitent également les particuliers à recourir à la médiation du Forum des droits sur l'internet, soit avant toute action en justice, soit dans le cadre d'une instance en cours, l'accord prévoyant la possibilité pour le juge, avec l'agrément des parties, de désigner le service du Forum, Médiateur du Net, comme médiateur. Le Forum est compétent pour les litiges du droit de la consommation en ligne. Un comité de suivi de cette expérimentation est constitué. A l'issue de cette année d'expérience, un bilan est dressé pour mesurer notamment les besoins en termes d'informations liées à Internet et l'impact du dispositif de médiation auprès des professionnels de la justice et de la population. Malheureusement, il a été mis fin aux activités du Forum des droits sur l'internet, en décembre 2010, faute de financement public. Cet abandon est regrettable, car son efficacité était reconnue. Il faut reprendre cette expérience. Cela est soutenu par le rapport sur « Le juge du XXI^e siècle », remis à la garde des Sceaux le 9 décembre 2013⁷⁸⁶, qui préconise de favoriser le règlement amiable des litiges en ligne à travers la création d'une plate-forme de règlement en ligne des litiges, car il est efficace.

2- Une justice privée efficace fondée sur les principes généraux

811. L'efficacité des modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges se traduit par le fait qu'ils aboutissent à une résolution des litiges. Si de tels modes ne renvoient pas nécessairement au commerce électronique, ils sont particulièrement objets d'attention dans ce contexte. La logique d'efficacité et d'abaissement des coûts a suscité l'éclosion d'un véritable marché des méthodes de résolution des litiges en ligne à travers l'arbitrage et la médiation. Si l'arbitrage est réglementé par le législateur français, tel n'était pas le cas pour la médiation⁷⁸⁷. C'est pour cela que le législateur français a dû intervenir pour encadrer la médiation sous l'initiative du législateur européen. La réglementation des modes alternatifs de

⁷⁸⁵ Christiane FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, précité, n° 51.64, p. 347

⁷⁸⁶ Rapport Delmas-Goyon sur « Le juge du XXI^e siècle », Proposition n° 17, p. 65 ; disponible sur www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf

⁷⁸⁷ Il faut rappeler que le législateur a préféré réglementé la médiation ou la conciliation dans le cadre de la procédure judiciaire. Il existe des modes alternatifs judiciaires dans lesquels, soit le juge est le médiateur, soit le juge a recours à un tiers. Le législateur a d'abord investi le juge d'une mission de conciliation à travers l'article 21 du Code de procédure civile qui prévoit qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Ensuite, la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a consacré la validité de la médiation et de la conciliation judiciaire. Le Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, pris en application de la Loi précitée favorise l'intervention du conciliateur sur délégation du juge. Enfin, la Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits

règlement extrajudiciaire des litiges telle que définie désormais par le législateur européen permet de résoudre certaines difficultés. Elle vient instaurer des garanties relatives au tiers intervenant et des garanties relatives à la procédure. Les exigences de cette réglementation sont calquées sur celles des procédures judiciaires classiques dans le but de renforcer l'efficacité des modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges.

812. Il ressort dans une première situation que les modes alternatifs de règlement des litiges à savoir l'arbitrage et la médiation, sont encadrés par les règles générales ; toutefois, il existe quelques difficultés pour assurer leur pleine efficacité.

Au niveau international, l'arbitrage est régi par plusieurs conventions dont la Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965. En droit interne, l'arbitrage est régi par les articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil, et l'article 1442 et suivants du Code de procédure civile. La convention d'arbitrage prend la forme d'un compromis et d'une clause compromissoire, et se dessine en arbitrage interne ou en arbitrage international. Le législateur a jugé utile d'étendre l'arbitrage aux autres droits de la propriété intellectuelle à travers la Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit⁷⁸⁸. L'arbitrage est expressément prévu en matière de marques à l'article L. 716-4 du Code de la propriété intellectuelle, et en matière de brevets, à l'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle en ces termes : « *les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil* »⁷⁸⁹. Régulièrement saisis, le ou les arbitres se comportent en véritable juge. Bien que la procédure arbitrale puisse être allégée, les principes directeurs du procès ne doivent pas moins être respectés, à l'exemple du principe du contradictoire ou de la liberté de la défense. De même la sentence arbitrale a autorité de la chose jugée comme toutes décisions de justice. L'arbitrage se présente donc comme une alternative de forme de la justice publique, substituant aux juges étatiques des arbitres aux pouvoirs comparatifs. Les règles régissant l'arbitrage étant générales, elles s'appliquent pleinement au commerce électronique.

La médiation est l'autre grand mode de résolution des conflits présent sur Internet. Elle se caractérise par le recours à un tiers impartial, le médiateur, qui assiste les parties à aboutir au règlement volontaire de leur différend. Elle est désormais régie par la Directive 2008/52/CE

⁷⁸⁸ JORF n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1

⁷⁸⁹ Jean-Michel BRUGUIÈRE et Emmanuel GILLET, Litiges de propriété intellectuelle. L'apport de la Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011, JCP E 2011. 1663

du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁷⁹⁰, transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011⁷⁹¹. L'article 21 de ladite ordonnance définit la médiation comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends avec l'aide d'un tiers, le médiateur choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* », et son article 21-1, affirme que la médiation est soumise aux règles générales.

Le constat est que le développement spontané des structures de médiation et d'arbitrage a conduit à une multiplicité de systèmes avec des procédures souvent disparates d'un système à un autre. Les dispositifs des modes alternatifs, surtout de la médiation restent variés, sans cadre général. Eu égard aux caractéristiques des litiges de consommation, (le faible montant en jeu pour les litiges de consommation), il faut permettre aux parties qui ne parviendraient pas à s'entendre à l'amiable de s'adresser à une entité de règlement extrajudiciaire des litiges dans le cadre d'une procédure simple, rapide et peu onéreuse. Or, s'il existe de nombreux mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges au sein des États membres, ceux-ci souffrent malheureusement de plusieurs faiblesses dont le manque de connaissance des consommateurs et des professionnels quant à l'existence même de ces mécanismes ou à leur mode de fonctionnement, le manque de ressources financières, les nombreuses différences entre les mécanismes ou, spécialement pour les litiges transfrontaliers, les différences linguistiques ou les difficultés tenant de la loi applicable ou du caractère exécutoire de la décision prise.

813. Il apparaît dans une deuxième situation que le recours à ces modes alternatifs doit être pensé comme moyen de réintroduire une confiance dans la conclusion des contrats sur Internet, surtout dans le contrat international, en œuvrant pour une justice privée efficace. Il était urgent d'affermir les garanties de la justice en ligne par des dispositions de valeur contraignante, sous peine d'avoir une justice à deux vitesses⁷⁹². Les instances européennes fournissent deux instruments qui permettent de lever ces inquiétudes en apportant des solutions aux difficultés posées : la Directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°

⁷⁹⁰ JOUE L 136 du 24 mai 2008, p. 6

⁷⁹¹ JORF n° 0266 du 17 novembre 2011, p. 19286, texte n° 10

⁷⁹² Anne PENNEAU, Contrat électronique : Du Code de la consommation au Code civil, précité, p. 13 ; Michel VIVANT, La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions, et hésitations, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, précité, p. 1151-1168

2006/2004 et la Directive 2009/22/CE⁷⁹³ et le Règlement n° 524/2013/UE relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le Règlement (CE) n° 2006/2004 et la Directive 2009/22/CE⁷⁹⁴. Ces instruments s'inscrivent dans un cadre général et reprennent les principes de la procédure judiciaire classique.

D'abord, les nouveaux textes ignorent la distinction entre les modes extrajudiciaires de règlement des litiges, et la distinction entre le commerce électronique et le commerce traditionnel. Cette assimilation permet d'étendre à l'ensemble des modes alternatifs : arbitrage, médiation et autres, les mêmes règles que cela soit dans le cadre d'un contrat international ou interne, et dans le cadre d'un contrat du commerce traditionnel ou du commerce électronique. Les garanties de bonne justice et les garanties d'un procès équitable s'imposent dans l'univers du cybercommerçant comme dans l'univers du commerçant traditionnel.

Ensuite, les nouveaux textes reprennent les principes qui gouvernent le droit processuel classique. Il s'agit des garanties relatives au tiers intervenant (impartialité, indépendance, neutralité, équité, objectivité, et compétence juridique et technique) et des garanties relatives à la procédure (principes du contradictoire et de transparence, etc.). Les principales dispositions de la Directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 portent sur l'accès au règlement en ligne des litiges, les exigences applicables aux entités de règlement extrajudiciaire des litiges (REL) et aux procédures de règlement en ligne des litiges (les informations, dont la communication aux consommateurs incombe aux professionnels, la coopération et l'échange d'expérience entre les entités de REL, la coopération entre les entités de REL et les autorités nationales). Le Règlement n° 524/2013/UE relatif au règlement en ligne des litiges de consommation a vocation à créer une plateforme européenne de règlement en ligne des litiges (Plateforme RLL) qui facilitera le règlement des litiges liés à une vente transfrontalière de marchandises ou à une prestation de services de même nature entre un professionnel et un consommateur. Selon son article 5-2, « *La plateforme de RLL est un site web interactif gratuit et accessible en ligne dans toutes les langues officielles de l'Union européenne. Il s'agit d'un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels souhaitant parvenir, en dehors, du cadre juridictionnel, au règlement du litige relevant du présent règlement* ». Les organes de règlement extrajudiciaire des litiges (REL) mis en place dans les États membres et notifiés à la Commission européenne conformément à la Directive 2013/11/UE seront enregistrés par voie électronique sur la plateforme de règlement en ligne des litiges (Plateforme RLL). Les

⁷⁹³ JOUE L. 165/63 du 18 juin 2013 : La Directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 devra être transposée par les États membres de l'Union européenne dans leur droit national d'ici le 9 juillet 2015

⁷⁹⁴ JOUE L. 165 du 18 juin 2013 : Les dispositions du Règlement n° 524/2013/UE s'appliqueront à partir du 9 janvier 2016

consommateurs et les professionnels pourront déposer leurs réclamations à l'aide d'un formulaire électronique qui sera à leur disposition sur le site de la plateforme dans toutes les langues officielles de l'Union. La plateforme vérifiera si une réclamation peut être traitée et s'efforcera d'obtenir l'accord des parties afin de transmettre la réclamation à l'organe de REL compétent. Celui-ci tentera de résoudre le litige dans les trente jours à compter de la date de réception de la réclamation. Il devra communiquer à la plateforme certaines données relatives à l'évolution du litige (date de notification de la réclamation aux parties, date de règlement du litige, issue du litige)⁷⁹⁵.

814. En résumé du paragraphe 1, nous pouvons retenir que les difficultés liées à la dépersonnalisation concernent l'identification et la localisation des personnes responsables en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat conclu sur Internet, car ce contrat nécessite souvent des intervenants pour son exécution. Pour résoudre ces difficultés, le législateur a élaboré la règle spéciale de la responsabilité de plein droit. Or, cette règle spéciale, loin de neutraliser la dépersonnalisation, suscite des inquiétudes lorsqu'elle est confrontée aux autres régimes spéciaux de responsabilité que sont la responsabilité des agences de voyage et la responsabilité du fait des produits défectueux. Le constat est que la règle spéciale se révèle inadaptée. C'est pour cela qu'il est nécessaire de la remettre en cause afin d'appliquer les régimes préexistants de responsabilité et d'avoir recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges pour sécuriser les relations contractuelles. La situation de l'inadaptation des règles spéciales se manifeste aussi dans la responsabilité extracontractuelle.

Paragraphe 2- La responsabilité extracontractuelle

815. Les difficultés suscitées par la dépersonnalisation résident ici dans l'utilisation d'un moyen de communication à distance par voie électronique. Cet outil favorise le développement du téléchargement illégal à travers la numérisation massive des œuvres et leur circulation qu'il permet. Or, dans l'univers du cybercommerçant, il se pose des difficultés concernant l'identification et la localisation des auteurs des pratiques illicites compte tenu de

⁷⁹⁵ Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet : droit français et européen, précité, n° 468, p. 163 ; Romain GOLA, Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne : vers un mode approprié de résolution des conflits ?, RLDI 2014/104, n° 3479

l'absence des protagonistes et du moyen de communication à distance utilisé qui favorise l'anonymat. Les victimes se retournent donc contre les intermédiaires qui hébergent ces sites en vue d'obtenir réparation, car ces intermédiaires sont connus et solvables. Le législateur a donc élaboré des règles spéciales concernant la responsabilité limitée des hébergeurs et le téléchargement illégal dans le but de lutter contre les pratiques illicites favorisées par l'utilisation du réseau numérique en vue de permettre le développement du commerce électronique. Toutefois, ces règles fondées sur le moyen de communication à distance par voie électronique utilisé lors de leur élaboration, sont confrontées à l'évolution rapide de la technique. Elles deviennent donc inadaptées, d'où leur inefficacité. La solution va consister à remettre en cause les règles spéciales sur le téléchargement illégal et la responsabilité des hébergeurs applicable surtout aux plates-formes en ligne. Cette remise en cause aura pour conséquence l'application des règles générales et la responsabilisation des acteurs qui auront recours à la coopération pour lutter contre les pratiques illicites facilitées par la dépersonnalisation.

Ainsi, pour lutter contre les pratiques illicites facilitées par la dépersonnalisation, le législateur a adopté des règles spéciales qui sont inadaptées, car confrontées à l'évolution rapide de la technique (I). Il y a nécessité de remettre en cause ces règles spéciales (II).

I- L'évolution rapide de la technique

816. L'utilisation d'un moyen de communication à distance par voie électronique permise par la dépersonnalisation, amplifie les pratiques illicites dans l'univers du cybercommerçant. Dans le but d'assainir l'environnement du cybercommerçant en vue de favoriser le développement du commerce électronique, le législateur a élaboré des règles spéciales relatives à la responsabilité limitée des hébergeurs et au téléchargement illégal. Toutefois, ces règles fondées sur la technique utilisée se sont révélées inefficaces.

Le législateur pose un principe de responsabilité conditionnelle des hébergeurs dans le but de rassurer ces professionnels en décidant de les soustraire, dans certains cas, de la responsabilité civile et pénale. Le problème, c'est qu'un prestataire peut désormais à la fois transporter, faire du stockage, être éditeur, être courtier et avoir d'autres activités multiples. Tout cela est permis par le moyen de communication à distance par voie électronique utilisé. Ainsi, profitant des possibilités offertes par Internet, les plates-formes vont développer de nouvelles activités en plus de celle de l'hébergement, et revendiquer le statut d'hébergeur. Cela rend difficile une construction cohérente de la jurisprudence pour déterminer la qualité d'hébergeur

afin d'appliquer le régime de responsabilité limitée tel que défini par le législateur. C'est le développement des plates-formes en ligne dû à l'évolution de la technique qui montre les limites de la règle spéciale qui consacre une responsabilité limitée des hébergeurs, entraînant des interprétations jurisprudentielles variées.

Si le dispositif spécial relatif au téléchargement illégal n'a pas encore réellement produit les effets escomptés, c'est parce qu'il porte déjà en lui-même, les limites de son inefficacité. Souhaitant lutter contre la contrefaçon, le législateur a préféré plutôt régir un mode particulier de contrefaçon en mettant l'accent sur la technique utilisée. Or, la technique évoluant très rapidement surtout dans l'univers du cybercommerçant, l'on ne fait que déplacer le problème sur d'autres modes de contrefaçon générés par le moyen de communication à distance par voie électronique et insaisissables par les règles spéciales.

L'évolution rapide de la technique a des conséquences sur les règles élaborées par le législateur dans le but de neutraliser la dépersonnalisation en luttant contre les pratiques illicites favorisées par l'utilisation d'un moyen de communication à distance par voie électronique. Cette évolution rapide de la technique entraîne l'obsolescence des règles sur le téléchargement illégal (A) et des difficultés de la jurisprudence pour l'application de la responsabilité des plates-formes en ligne (B).

A- L'obsolescence des règles sur le téléchargement illégal

817. La dépersonnalisation manifestée par le défaut de présence physique et l'utilisation d'un moyen de communication à distance entraîne des pratiques illicites. L'utilisation du réseau Internet permet le développement du téléchargement illégal qu'il importe de neutraliser. Toutefois, la réponse du législateur axée sur la technique utilisée pour réaliser le téléchargement illégal a été confrontée à l'évolution rapide de la technique entraînant l'obsolescence des règles spéciales. L'obsolescence des règles se traduit par le fait que des règles soient dépassées, désuètes et ne soient plus efficaces pour des raisons liées au progrès technique. C'est la situation dans laquelle se trouvent les règles relatives au téléchargement illégal. Lors de l'adoption des Lois n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 (Loi DADVSI) et n° 2009-669 du 12 juin 2009 (Hadopi), le législateur avait essentiellement pour objectif de lutter contre la pratique du téléchargement illégal par échange de fichier pair à pair, à travers la riposte graduée et en instituant une autorité administrative : la Hadopi. Il est vrai que le partage des œuvres musicales et cinématographiques sur Internet a été initié par simple échange de fichiers téléchargés et mis à disposition en ayant recours au logiciel pair à

pair. Mais, ce procédé semble aujourd'hui en net recul, les internautes recourant à des techniques de plus en plus détachées de tout support matériel ou favorisant l'anonymat⁷⁹⁶.

Il ressort de cela que les règles spéciales proposées par le législateur pour neutraliser la dépersonnalisation sont inefficaces compte-tenu de l'évolution rapide de la technique. L'évolution de la technique permet l'anonymat d'une part, et d'autre part, offre de nouveaux modes de partage des œuvres sur Internet comme la lecture continue ou l'informatique en nuage, face auxquels la réponse graduée de la Hadopi semble inadaptée.

818. La première situation de l'obsolescence des règles spéciales relatives au téléchargement illégal résulte de l'utilisation des moyens de communication à distance permettant l'anonymat. La Haute autorité Hadopi se trouve de plus en plus confrontée à l'anonymat des utilisateurs, ce qui réduit l'efficacité du dispositif. Or, la lutte contre le piratage passe par la détection des utilisateurs, via leur adresse IP. Cela devient difficile face au téléchargement direct et aux logiciels qui ne permettent pas de détecter l'adresse IP.

C'est d'abord le téléchargement direct qui permet aux internautes de télécharger, sans logiciel particulier, très rapidement, des fichiers volumineux qui sont stockés par eux-mêmes ou par d'autres utilisateurs et qui sont hébergés par la société exploitante (par exemple l'affaire Megaupload). Ces plates-formes de téléchargement direct ne sont pas surveillées par Hadopi. Or, une fois, le fichier contrefait téléchargé, l'internaute peut le copier, le consulter, le graver ou encore l'échanger. Ce téléchargement direct est facilité par certains moteurs de recherche et autres plates-formes en ligne qui bénéficient d'un régime de responsabilité allégée afin de ne pas entraver le développement d'Internet⁷⁹⁷. C'est le cas du site Internet « The Pirate Bay », un des plus grands services au monde de partage de fichiers sur Internet, qui permet aux utilisateurs d'échanger des fichiers numériques, tels que de la musique, des films et des jeux vidéo au moyen du procédé Torrent. Dans le système « BitTorrent », l'utilisateur télécharge un fichier à partir de tous les ordinateurs des utilisateurs du système qui le contiennent et le met lui-même à la disposition des autres utilisateurs, au fur et à mesure qu'il le télécharge. L'esprit du système est que plus l'utilisateur partage, plus il reçoit. Mais si un internaute veut télécharger tous les liens du site, tout tient sur une clé USB à partir de laquelle tout internaute peut accéder à n'importe quel fichier, sans passer par le site, lequel peut donc fermer, sans perte pour les internautes prévoyants. Les adresses IP des internautes qui partagent les fichiers sont distribuées entre les utilisateurs eux-mêmes. De même le site « The

⁷⁹⁶ Frédérique CHOPIN, Téléchargement illégal et Hadopi, AJ Pénal 2012, p. 258

⁷⁹⁷ CA Paris, pôle 1, ch. 3, 3 mai 2011, D. 2011, 1341, comm. C. Manara : La Cour d'appel de Paris a considéré que Google Suggest ne porte pas atteinte au droit d'auteur puisque c'est l'internaute qui choisit de télécharger ou pas les fichiers, à partir des sources proposées par le moteur de recherche, y compris des sources illicites.

Pirate Bay » et d'autres sites de téléchargement ont supprimé les fichiers permettant de retracer la liste de tous les internautes partageant des données. D'autres logiciels (OpenBitTorrent) proposent des listes de sources pour le téléchargement d'autres fichiers, il n'y a aucun contenu, aucun fichier et il est impossible d'obtenir les adresses IP⁷⁹⁸.

Il y a ensuite, un phénomène de basculement des utilisateurs du pair à pair vers le courrier électronique (P2Mail). Les échanges illicites de musique ou de vidéos se font par courrier électronique. Le régime de l'échange de courriers électroniques est en effet protégé par le secret de correspondance privée. Il faut donc contrôler ce type d'échange sans pour autant méconnaître le secret de la correspondance.

819. La deuxième situation de l'obsolescence des règles sur le téléchargement illégal se manifeste par le fait que le moyen de communication à distance qu'est Internet offre de nouveaux modes de diffusion des œuvres qui n'ont pas été pris en compte par le législateur lors de l'élaboration des règles spéciales. Aussi, ces nouveaux modes sont utilisés pour réaliser la contrefaçon. Il faut remarquer que la Hadopi ne dispose pas de moyens de contrôler les nouveaux modes de diffusion des œuvres sur Internet ; ce qui est assurément une faiblesse du dispositif quant à son effectivité et à sa pérennité. Le manque d'efficacité du dispositif Hadopi conduit à ce que le téléchargement illégal se reporte inévitablement, après sa mise en place, sur d'autres technologies. Ainsi, la lutte contre la contrefaçon résultant de la lecture continue ou de l'informatique en nuage reste délicate.

La lecture continue ou le *streaming* (en anglais), consiste à envoyer du contenu en direct, sans qu'il soit nécessaire de le copier. Ce procédé permet d'accéder à des vidéos et musiques sans les reproduire. L'usage de la lecture continue implique néanmoins un échange de données entre un client et un serveur, mais cet échange n'est pas stocké directement sous forme de fichier sur le disque dur de l'utilisateur. En réalité, le contenu est mis à disposition sur un serveur, vers lequel le client peut envoyer une requête pour en récupérer une partie. La réponse n'est alors pas totalement accessible mais placée dans une mémoire tampon. La lecture du début du fichier ne pourra commencer que lorsque les données contenues dans cette mémoire ne seront suffisantes. L'accessibilité aux données se poursuit au fur et à mesure que la lecture se poursuit. La diffusion en mode continu n'impose pas de récupérer l'ensemble des données d'un fichier audio ou vidéo pour pouvoir l'écouter ou le visionner. De fait, si dans le pair à pair, la lutte contre le piratage passe par la détection des utilisateurs, via leur adresse IP, qui mettent illégalement à disposition des œuvres culturelles, la lutte contre le streaming illégal revêt un aspect différent et passe par le blocage ou le filtrage des sites qui proposent

⁷⁹⁸ Frédérique CHOPIN, Téléchargement illégal et Hadopi, précité, p. 258

des contenus illicites. Or, un grand nombre est hébergé à l'étranger ; ce qui rend les choses délicates⁷⁹⁹.

L'informatique en nuage ou « *Cloud computing* » (en anglais), est « *un mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'internet, sous la forme de services fournis par un prestataire* ». Il s'agit d'une « *forme particulière de gérance de l'internet dans laquelle l'emplacement et le fonctionnement du nuage ne sont pas portés à la connaissance des clients* »⁸⁰⁰. L'informatique en nuage remplit les offices d'une clé USB virtuelle, il permet d'accéder à des ressources informatiques qui sont quelque part, à travers Internet. Des données, applications et services qui étaient auparavant situés sur les serveurs et ordinateurs au sein même des sociétés, des organisations ou des particuliers, sont déportés vers « le nuage Internet ». Autrement dit, les données et services sont délocalisés, externalisés et totalement dématérialisés. De n'importe où, à n'importe quel moment, sur n'importe quel lecteur, l'internaute est en mesure d'accéder à des données dont il n'assume pas la responsabilité du stockage. Il peut permettre de télécharger sur un serveur les morceaux de musique que l'on possède déjà sur son MP3 et de les écouter ensuite n'importe où, à n'importe quel moment, avec une connexion Internet et sans avoir à assurer le stockage de ces fichiers. Cependant si la musique figurant sur le MP3 a été téléchargée illégalement, ces serveurs sont-ils responsables ? Même si l'on veut engager la responsabilité du serveur ou de l'internaute, il faut d'abord pouvoir localiser ces serveurs qui peuvent être à l'étranger. Les œuvres musicales ou cinématographiques deviennent davantage virtuelles à partir du moment où la consommation se détache de plus en plus d'un support matériel. On peut craindre que cette évolution technique favorisant le partage et l'anonymat soit de nature à inciter à la violation des droits de la propriété intellectuelle⁸⁰¹.

820. En somme, la dépersonnalisation implique l'utilisation du moyen de communication à distance par voie électronique qui offre de nouvelles possibilités qui facilitent aussi la réalisation massive de la contrefaçon des œuvres. L'univers du

⁷⁹⁹ Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet : droit français et européen, précité, n° 585 et s., p. 217 et s. ; Lionel COSTES, Vers un élargissement du champ d'action de la Hadopi, RLDI n° 77, déc. 2011, p. 3 ; SINGH, Le streaming et la loi « création et Internet », RLDI 2009/50, n° 1660

⁸⁰⁰ Avis de la commission générale de terminologie et de néologie, JO 6 juin 2010, texte 42

⁸⁰¹ Frédérique CHOPIN, Téléchargement illégal et Hadopi, précité, p. 258 ; Jacques LARRIEU, Christian LE STANC et Pascale TREFIGNY, Droit du numérique, D. 2011. 2363 ; Blandine POIDEVIN et Audrey ARBUSA, Les enjeux contractuels du Cloud computing, Comm. com. électr. févr. 2011, n° 2, p. 2-3 ; Denise LEBEAU-MARIANNA, et Eve-Christie VERMYNCK, Le passage au Cloud computing : une nécessaire coopération entre l'informatique et le juridique afin de ne pas rester dans les nuages !, RDLDI 2011/69, n° 2287 ; Carine BERNAULT, Informatique en nuage et données personnelles : quand l'informatique est dans les nuages, les données personnelles s'envolent !, RLDI 2012/78, n° 2016

cybercommerçant subit des changements et même une véritable révolution technologique avec l'avènement de la lecture continue et de l'informatique en nuage. Malheureusement cette évolution technique fait apparaître de nouveaux modes pour réaliser la contrefaçon des œuvres. Face à de telles pratiques, la réponse graduée de la Hadopi, restreinte aujourd'hui au seul échange de fichiers pair à pair, apparaît comme manifestement inadaptée. Derrière la volonté ainsi affichée dans les termes les plus nets par le législateur, il n'en demeure pas moins que la lutte contre le téléchargement illégal reste délicate. Cela est dû à l'évolution rapide de la technique qui entraîne l'obsolescence des règles spéciales relatives au téléchargement illégal. Cette évolution rapide de la technique pose aussi des difficultés à la jurisprudence pour l'application de la responsabilité des plates-formes en ligne.

B- La responsabilité des plates-formes en ligne

821. L'application de la responsabilité limitée de l'hébergeur est délicate, et ce, en raison de la multiplication des acteurs du réseau numérique et de la diversité des notions les caractérisant. L'utilisation du support électronique en l'absence des protagonistes, offre de nouvelles possibilités en permettant à tous les hébergeurs traditionnels et aux nouveaux, de pouvoir développer de nouvelles activités. Nous avons les sites collaboratifs ou participatifs : sites de partage de vidéos, musique, images ou textes (Youtube, Dailymotion, Wikipédia, etc.), les sites agrégateurs d'information (qui reprennent les informations publiés par d'autres sites), les forums de discussion, les moteurs de recherche, les sites de courtage (eBay), etc. La multiplication des acteurs a entraîné une grande confusion. Forts d'un rôle de stockage, les plates-formes en ligne ont cherché à bénéficier du régime spécial d'irresponsabilité conditionnelle des hébergeurs. La difficulté à laquelle sont confrontées les juges quand il s'agit de qualifier les plates-formes en ligne réside notamment dans la multiplicité des activités exercées par celles-ci. Confrontées à la pluralité des activités due à l'évolution de la technique, les juridictions n'adoptent pas toutes le même raisonnement et les décisions sont contradictoires. Certaines essaient de déterminer quelle est la prestation essentielle ou principale pour en déduire une qualification unique, d'autres préfèrent raisonner activité par activité sans rechercher absolument une qualification unitaire avec des décisions divergentes sur la responsabilité des plates-formes en lignes. Compte-tenu des difficultés résultant de l'application de l'article 14 de la Directive 2000/31/CE commerce électronique, transposée à l'article 6 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dans la détermination de la responsabilité des plates-formes, la Cour de justice de

l'Union européenne (CJUE) en a précisé les critères qui permettent de retenir la qualification d'hébergeur afin de bénéficier de l'irresponsabilité conditionnelle⁸⁰². Les critères retenus par la CJUE seront repris par les juridictions françaises, tout en notant toujours des variations dans les décisions quant à l'application du statut des hébergeurs.

822. Un rapport parlementaire sur l'application de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, présenté le 16 avril 2008⁸⁰³, a fait un bilan relativement négatif du statut d'hébergeur et de son application en jurisprudence. Il est alors apparu souhaitable de s'interroger sur les conditions de mise en œuvre du statut d'hébergeur pour clarifier son étendue. Le rapport proposait de reformer la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et, plus particulièrement, son article 6 qui régit la responsabilité des intermédiaires techniques d'Internet⁸⁰⁴.

En outre, la Commission européenne, qui en réponse à une question parlementaire (Question écrite posée par Janelly Fourtou à la Commission, E-2038/08) sur la possibilité pour les gestionnaires de services d'enchères en ligne de se prévaloir de la responsabilité alléguée d'hébergeur, le 3 juin 2008 a estimé que *« seule une partie des activités des gestionnaires de sites d'enchères électroniques tombe clairement dans le champ d'application de l'article 14 de la directive 2000/31/CE entraînant l'absence de responsabilité : il s'agit de la pure activité de stockage d'information provenant de tiers. Les activités économiques accompagnant ce stockage d'information ne sont pas concernées par l'exemption de responsabilité »*.

Face aux difficultés rencontrées par les juridictions nationales dans l'application de la responsabilité conditionnelle de l'hébergeur, la révision de la Directive 2000/31/CE commerce électronique a été envisagée, mais finalement exclue, au profit de l'interprétation des conditions du régime de responsabilité des hébergeurs par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

823. Les précisions de la CJUE sont venues des arrêts Google, le 23 mars 2010, et eBay du 12 juillet 2011.

⁸⁰² Céline CASTET-RENARD, Hébergement et contrefaçon en ligne : clarification du droit de la responsabilité sur l'internet, D. 2012, n° 2075, précité ; Emmanuel DERIEUX, Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet : Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?, JCP G 2012, 386

⁸⁰³ Rapport n° 627 des députés M.-J. Dionis du Séjour et C. Erhel, sur la mise en application de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Assemblée Nationale, Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire.

⁸⁰⁴ Christophe CARON, Faut-il réformer la loi LCEN ?, Comm. com. électr. n°6 juin 2008, p. 1 ; Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet : droit français et européen, précité, n° 806, p. 306 ; Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet, précité, n°126.03-126.32, p. 806-814

La première intervention de la CJUE est relative aux moteurs de recherche. La difficulté de qualification des moteurs de recherche dont la responsabilité est recherchée par les titulaires de marques du fait du dispositif de mise en œuvre des liens sponsorisés a conduit la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 20 mai 2008, à poser à la CJUE une question préjudicielle : Le fournisseur d'un service de référencement payant peut-il être rendu responsable d'avoir stocké les informations fournies par un annonceur s'il n'a pas été préalablement informé du comportement illicite de ce dernier, ou bénéficie-t-il de l'aménagement de responsabilité prévu pour les hébergeurs⁸⁰⁵?

La CJUE, le 23 mars 2010 a estimé qu'un prestataire est hébergeur « *si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance et de contrôle des données qu'il stocke* »⁸⁰⁶.

La CJUE dans l'affaire Google Adwords, a donné un critère permettant de déterminer qui peut bénéficier du régime de responsabilité atténué, tout en renvoyant aux juridictions nationales la détermination exacte du rôle de la société en cause. La qualification d'hébergeur dépend donc de sa neutralité, de son rôle passif⁸⁰⁷.

Le bénéfice du régime de responsabilité propre à l'hébergement suppose que la plate-forme n'ait pas joué un rôle actif de nature à lui attribuer une connaissance ou un contrôle des données litigieuses. La CJUE adopte un critère ouvert à des interprétations divergentes en ne tranchant pas véritablement la question qui lui est posée. En termes de prévisibilité, la CJUE pouvait mieux faire. La CJUE a exprimé une position attentiste qui traduit sa propre incertitude sur la finalité actuelle de la Directive 2000/31/CE, commerce électronique⁸⁰⁸.

La deuxième intervention de la CJUE concerne les places de marché en ligne. la CJUE dans l'arrêt L'Oréal c/ eBay, du 12 juillet 2011, confirme sa jurisprudence antérieure en retenant que le régime de la responsabilité atténuée s'applique à l'exploitant d'une place de marché en ligne lorsque celui-ci n'a pas joué un rôle actif qui lui permette d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées. Toutefois, elle a tenu à préciser que l'exploitant de la place

⁸⁰⁵ Com. 20 mai 2008, Google, D. 2009, 1065, note I. Gavanon et J. Huet

⁸⁰⁶ CJUE, gr. Ch., 23 mars 2010, Google France, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier (C-236/08) ; Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08) ; Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Rabin, Tiger SARL (C-238/08) ; D. 2010, 885, obs. C. Manara, 1996, obs. P. Tréfigny-Goy ; JCP 2010, 642 note L. Marino ; Céline CASTETS-RENARD, Systèmes AdWords : Google n'est ni contrefacteur, ni complice d'actes de contrefaçon, RLDI 2010/61, n° 1919

⁸⁰⁷ Ce critère du « rôle actif » sera appliqué par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui renvoie l'affaire devant les juges du fond : Cass. com. 13 juill. 2010, Google France et a. c/ GIFAM, Louis Vuitton Malletier et Sté CNRRH, SA Viaticum, Gaz. Pal. 28 oct. 2010, n° 301, p. 21, note L. Marino

⁸⁰⁸ Philippe STOFFEL-MUNK, La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords, note sous CJUE, 23 mars 2010, Comm. com. électr. sept. 2010, comm. 88

de marché joue un rôle actif quand il prête une assistance, laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celles-ci⁸⁰⁹.

824. Le critère de la CJUE sera repris par les juridictions françaises. L'indice clé est ici celui de l'absence du contrôle intellectuel matérialisant le défaut du rôle actif. C'est dans ce sens que la première Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en faisant application de la jurisprudence Google aux sites de partage de vidéo, en l'occurrence Dailymotion le 17 février 2011. En l'espèce, la société Dailymotion était accusée de n'avoir pas retiré le film Joyeux Noël, protégé par des droits d'auteur et disponible sur le site après avoir été posté par un internaute sans l'autorisation des ayants droit. La première Chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur la qualification d'hébergeur après avoir analysé les activités de la société : pas de sélection des contenus, pas de choix des contenus, pas d'action sur les contenus, donc pas de rôle actif, en ces termes : « *la société Dailymotion était fondée à revendiquer le statut d'intermédiaire technique au sens de l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004* » au motif que les opérations techniques auxquelles elle se livre « *participent de l'essence du prestataire d'hébergement* » et « *n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne* »⁸¹⁰.

Ce qui importe c'est de ne pas déterminer ou sélectionner le contenu. Le critère retenu par la Cour de cassation de la notion d'hébergeur, suivant la CJUE, est donc celui de sa neutralité, de son rôle passif, de son absence de contrôle intellectuel sur les contenus mis en ligne. Il permet de faire bénéficier largement du statut protecteur de l'hébergeur, peut-être à l'excès. Cette tendance à entendre largement le statut d'hébergeur et par suite le domaine de l'immunité civile en la matière est inquiétante eu égard à l'équilibre qu'il convient de préserver entre les intérêts des victimes d'actes fautifs et la protection des activités numériques⁸¹¹.

Les juridictions françaises vont appliquer le critère retenu par la CJUE pour déterminer la qualité d'hébergeur ou pas de la place de marché en ligne. Ainsi, la Cour d'appel de Paris le 23 janvier 2012, a considéré que la société eBay ne pouvait prétendre au statut d'hébergeur dans la mesure où elle ne se contentait pas d'héberger les données, mais les exploitait et tirait profit « *non pas uniquement du stockage des données mais également de la valeur attractive*

⁸⁰⁹ CJUE, gr. Ch., 12 juill. 2011, aff. C-324/09, Sté L'Oréal c/ Sté eBay International, point 111, D. 2011. 1965, obs. Manara ; 2054, point de vue Gautier ; Gaz. Pal. 26 oct. 2011, p. 19, note L. Marino

⁸¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, Disponible sur www.juriscom.net ; Céline CASTETS-RENARD, Revirement de l'arrêt Tiscali et confirmation de la qualité d'hébergeur pour Dailymotion, RLDI 2011/69, n° 2258 ; Laure MARINO, Droit de la propriété intellectuelle, Coll. Thémis, éd. PUF 2013, p. 138

⁸¹¹ Philippe LE TOURNEAU, Contrats électroniques et informatiques, précité, n° 10.19.3, p. 450 et s. ; Mireille BACACHE-GIBELI, Traité de droit civil. Les obligations : La responsabilité civile extracontractuelle (Dir : Christian Larroumet), 2^e éd., tome 5, éd. Economica 2012, p. 211

*des marchandises mises aux enchères »*⁸¹². La Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 5 mai 2009⁸¹³ avait auparavant affirmé qu'eBay en proposant, simulant et finalisant des enchères en ligne, ne peut pas se présenter comme un simple hébergeur, et bénéficier du régime favorable de responsabilité. En outre, statuant sur trois arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris, le 3 septembre 2010, ayant condamné eBay au paiement de 5,7 millions d'euros pour la vente entre 2001 et 2006 de produits de marques du groupe LVMH sur ses plates-formes, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé le 3 mai 2012, les décisions d'appel dans leur refus d'accorder aux sociétés eBay International AG et eBay Inc. (exploitant les sites Internet ebay.fr, ebay.co.uk et ebay.com) le bénéfice du régime des prestataires d'hébergement en ces termes : *« Mais attendu en premier lieu que l'arrêt relève que les sociétés eBay fournissent à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes et les assistent dans la définition et la description des objets mis en vente en leur proposant notamment de créer un espace personnalisé de mise en vente ou de bénéficier « d'assistants vendeurs » qu'il relève encore que les sociétés eBay envoient des messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir et invitent l'enchérisseur qui n'a pu remporter une enchère à se reporter sur d'autres objets similaires sélectionnés par elle ; que de ces constatations, la Cour d'appel a pu déduire que les sociétés n'avaient pas exercé une simple activité d'hébergement mais qu'elles avaient, indépendamment de toute option choisie par les vendeurs, joué un rôle actif de nature à leur conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'elles stockaient »*⁸¹⁴

Il importe de voir s'il y a une capacité d'action de la part de la plate-forme sur les contenus mis en ligne. Un tel rôle actif existait selon la Cour de cassation, les juges du fond ayant relevé la fourniture d'assistance aux vendeurs et la promotion de leurs ventes auprès d'acheteurs potentiels. La place de marché est bel et bien active. Mais s'agit-il pour autant d'un rôle actif au sens de la CJUE ? Il est certain qu'à l'occasion de la formulation de leurs offres de vente, ou suite à celles-ci, eBay jouait un rôle auprès des vendeurs ; mais est-il établi que ce rôle était relatif aux données mises en ligne de nature à lui permettre d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées ? Si l'assistance est fournie à une catégorie de vendeurs et non à un ou plusieurs vendeurs en particulier en fonction du contenu de leur offre, il est permis de douter qu'il y avait eu connaissance ou contrôle des données. Or, l'assistance fournie à tous les vendeurs et les messages promotionnels envoyés aux acheteurs

⁸¹² CA Paris 23 janv. 2012, pôle 5, chambre 12, eBay Inc. c/ Burberry et a., arrêt disponible sur www.juriscom.net

⁸¹³ Com. 5 mai 2009, D. 2009, p. 2910, note J. Huet

⁸¹⁴ Cass. com. 3 mai 2012, eBay Inc. et eBay International c/ LVMH Fragrance Brands et Guerlain ; eBay Inc. et eBay International c/ Louis Vuitton Malletier ; eBay Inc. et eBay International c/ Christian Dior Couture ; Gaz. Pal., 1^{er} août 2012, p. 16, note L. Marino

potentiels, sont indépendants des contenus hébergés. Inciter les internautes à acquérir des objets, comme aider les vendeurs de ces objets à mieux les vendre, ne découle-t-il pas de l'exercice normal de l'activité de courtage qui est précisément de rapprocher ces personnes en vue de leur faire passer un contrat ? L'activité stigmatisée, est celle que l'on attend d'un courtier qui a pour mission de rapprocher les parties en vue de la conclusion d'un contrat. Si la caractérisation du « rôle actif » devrait être la conséquence mécanique de l'exécution des obligations liées au courtage, se poserait la question de l'harmonieuse articulation de ces régimes aux effets opposés⁸¹⁵. Il ressort de cela que des clarifications sur la notion de « rôle actif » s'imposent.

825. C'est seul le critère du « rôle actif » qui est susceptible d'engager la responsabilité de la plate-forme. Or loin de clarifier les choses, le critère du « rôle actif » mis en avant par la CJUE a fait l'objet de nombreuses interprétations divergentes par les juridictions françaises, notamment lorsque celui-ci est appliqué aux plates-formes en ligne. Pour l'heure, les décisions rendues par les juges du fond restent difficiles à synthétiser. Par exemple Google est parfois absous pour ses Adwords, en raison de l'absence de rôle actif⁸¹⁶, mais aussi parfois condamné⁸¹⁷. En ce qui concerne eBay, à l'opposé des décisions précitées (Cour d'appel de Paris le 3 septembre 2010, Chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 mai 2012 et le 5 mai 2009) qui ont soutenu le rôle actif de eBay, le tribunal de grande instance de Paris, le 13 mars 2012⁸¹⁸, ainsi que la Cour d'appel de Paris le 4 avril 2012⁸¹⁹, ont qualifié les sociétés eBay France et eBay International AG, de prestataires d'hébergement, au motif qu'aucun élément ne permettait d'affirmer que ces sociétés avaient eu un rôle actif de nature à leur conférer une connaissance ou un contrôle des annonces stockées mises en ligne par les vendeurs.

826. En définitive, face aux pratiques illicites facilitées par la dépersonnalisation, le législateur est intervenu à diverses reprises à travers les règles relatives au téléchargement illégal et les règles relatives à la responsabilité conditionnelle des hébergeurs, pour essayer de

⁸¹⁵ Cédric MANARA, Responsabilité des hébergeurs : l'affaire est-elle dans le sac ?, note sous Cass. com., 3 mai 2012, D. 11 mai 2012 ; www.dalloz-actualite.fr ; Cédric MANARA, Distinction hébergeur/éditeur : une occasion manquée, note sous CA Reims 20 juill. 2010, D. 2010. 1932

⁸¹⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 19 nov. 2010, Google ; Gaz. Pal. 23 févr. 2011, n° 54, p. 20, note L. Marino ; CA Lyon, 1^{re} ch. A, 22 mars 2012, disponible sur [Legalis.net](http://legalis.net)

⁸¹⁷ TGI Paris, 17^e ch., 14 nov. 2011, RLDI 2011/77, n° 2563, obs. L. Costes ; TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 15 déc. 2011, D. 2012, p. 344, note L. Lévy et C. Lévy-Dières

⁸¹⁸ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 13 mars 2012, Maceo, décision disponible sur www.legalis.net

⁸¹⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, Groupement des brocanteurs de Saleya, CBA c/ eBay France et eBay International AG, arrêt disponible sur www.legalis.net

les endiguer, mais sans véritable cohérence de la politique législative. Force est de constater que le législateur ne parvient pas à adopter des règles empreintes de pérennité, laissant place à une inflation législative qui a des difficultés à s'adapter à l'évolution rapide de la technique. Compte-tenu de l'inefficacité des règles spéciales, il est logique de les remettre en cause.

II- La nécessité de remettre en cause les règles spéciales

827. La dépersonnalisation implique l'utilisation d'un moyen de communication à distance par voie électronique en l'absence des protagonistes. Ce moyen de communication propose des techniques qui ont pour caractéristique d'évoluer très rapidement et facilitent les pratiques illicites dans l'univers du cybercommerçant. Il est apparu que le législateur s'est attelé à vouloir élaborer des dispositions particulières de détail pour neutraliser les risques liés à la dépersonnalisation. En effet, la réponse du législateur au défi électronique s'est élaboré dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, sans cesse remises en question. Cela a entraîné des interventions législatives successives qui ne permettent pas de lutter efficacement contre les pratiques illicites favorisées par la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant⁸²⁰. C'est pour cela que la lutte contre les pratiques illicites favorisées par la dépersonnalisation doit se faire à travers des règles suffisamment souples pour permettre la prise en compte de l'état de la technique et les pratiques du moment, et de leur évolution. Les règles devraient être conçues, en des termes suffisamment généraux pour être indépendantes des machines.

La technique facilite et multiplie les pratiques illicites. Or, la rapide évolution de la technique met en difficulté l'application efficace des règles spéciales. Toutefois, cette même technique est capable aussi d'assurer le contrôle des activités dans l'univers du cybercommerçant. Cela réside dans la responsabilisation de ceux qui proposent ces techniques, donc des acteurs du commerce électronique. Dans la lutte contre les pratiques illicites, il conviendrait tout d'abord de faire supporter une telle charge aux fournisseurs d'accès Internet et aux fournisseurs d'hébergement et donc aux plates-formes de commerce en ligne en général. Cela serait possible par la suppression du régime de responsabilité conditionnelle dont ils bénéficient et des autres règles spéciales sur le téléchargement illégal en vue de l'application des règles générales. Risquant de voir leur responsabilité engagée sur le fondement du droit commun, ces derniers pourraient pour y échapper, être amenés à élaborer eux-mêmes et faire respecter

⁸²⁰ Pierre CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique : Jus ex machina*, éd. PUF 1998, p. 226

ou mettre en application, à l'égard des utilisateurs ou des destinataires de leurs services des règles de conduite de valeur contractuelle⁸²¹. La sécurité des activités du cybercommerçant et leur développement nécessitent de remettre en cause les règles spéciales afin d'appliquer les règles générales (A) et d'avoir recours à la coopération entre acteurs du commerce électronique (B).

A- L'application des règles générales

828. Le support électronique facilite et multiplie les pratiques illicites avec pour conséquence la difficulté d'identification et de localisation des acteurs ayant contribué à la réalisation du dommage. Pour résoudre ce problème posé par la dépersonnalisation, le législateur a élaboré des règles spéciales. Toutefois, la rapide évolution de la technique met en difficulté l'application efficace des règles spéciales. L'édification de règles spéciales sur le téléchargement illégal et la responsabilité limitée des hébergeurs montre ses limites puisque les nouveaux textes, qui répondent à un moment donné à des considérations techniques, paraissent eux-mêmes ensuite dépassées et inaptes à régir des situations nouvelles qui s'écartent des données présentes au jour où ces règles ont été adoptées. La conséquence est que nous assistons à une succession de règles spéciales inadaptées. Les règles devraient être conçues, en des termes suffisamment généraux pour être indépendantes de l'état de la technique. Les dispositions du Code civil et du Code pénal régissant la responsabilité civile et la responsabilité pénale dans le commerce traditionnel répondent à ce critère. Elles s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant et sont assez souples pour s'adapter à l'évolution rapide de la technique. C'est au juge que revient le rôle d'interpréter le cadre juridique existant et d'intégrer les usages construits par les acteurs du réseau Internet⁸²². Les règles spéciales étant toujours en retard sur la technique, il va donc s'agir d'appliquer dans l'univers du cybercommerçant, la responsabilité civile (1) et la responsabilité pénale de droit commun (2) qui demeurent efficaces pour résoudre les problèmes que pose la dépersonnalisation.

⁸²¹ Emmanuel DERIEUX et Agnès GRANCHET, Lutte contre le téléchargement illégal : Lois DADVSI et HADOPI, précité, n° 563 et s., p. 203

⁸²² Vincent FAUCHOUX, Pierre DEPREZ et Jean-Michel BRUGUIÈRE, Le droit de l'internet : Lois, contrats et usages, précité, p. 403

1- L'application des dispositions civiles préexistantes

829. Les dispositions qui régissent la responsabilité civile délictuelle s'appliquent pleinement aux plates-formes en ligne et sont efficaces pour lutter contre les pratiques illégales favorisées par la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant. La responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil, est d'une grande souplesse, et dotée d'une faculté d'adaptation sans pareille aux circonstances inédites⁸²³. Dans la continuité des principes de droit commun de la responsabilité délictuelle dégagée de l'interprétation des articles 1382 ou 1383 du Code civil, la jurisprudence continue à mettre en œuvre la responsabilité des plates-formes en ligne selon une approche objective guidée par la raison. La raison commande donc au juge de n'exiger des plates-formes en ligne que des moyens et des actions de surveillance à la mesure de leur réelle maîtrise technique des contenus stockés.

Pour neutraliser la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant, il faut se référer aux règles de portée générale, régissant la responsabilité civile, dotées d'une souplesse et susceptibles de s'adapter aux évolutions de la technique.

830. Il faut admettre que c'est au juge que revient la tâche de faire face aux transformations radicales de l'environnement engendré par l'avènement du numérique en appliquant les règles générales résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil permettant d'engager la responsabilité civile dans le but de lutter contre le téléchargement illégal favorisé par la dépersonnalisation. L'article 1382 du Code civil affirme que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». L'article 1383 du Code civil énonce que : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». La notion de faute permet d'engager l'ensemble des acteurs d'Internet afin de prendre conscience des actes préjudiciables facilement réalisables sur Internet. Puisque le cybercommerçant peut engager sa responsabilité pour faute, il est intéressant de déterminer quelle faute, il serait susceptible de commettre dans l'exploitation de la plate-forme.

La responsabilité civile de droit commun joue au regard des acteurs d'Internet, la faute s'apprécie et s'appréciera comme toujours par comparaison avec le critère « du bon père de famille », le cas échéant du bon professionnel. La faute correspond à un manquement d'une obligation préexistante, à l'erreur de conduite que ne commettrait pas un homme avisé,

⁸²³ Axel SAINT MARTIN, Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le web, RLDI 2007/32, n° 1070

prudent et respectueux de ses engagements. Ainsi, s'il est démontré, au regard des circonstances, que la plate-forme ne s'est pas comportée en professionnel diligent, par son manque d'investigation ou de réaction, alors que les faits illicites auraient été portés à sa connaissance ; si le juge vérifie que l'opérateur était conscient de faits ou circonstances rendant apparente l'activité illégale, alors que ces circonstances eussent conduit un opérateur économique diligent à déceler le caractère illicite de la situation, la responsabilité civile de la plate-forme est engagée⁸²⁴. Le constat est que le respect de toutes les dispositions légales et réglementaires ne suffit pas à mettre l'auteur d'un dommage à l'abri d'une action en responsabilité. En sanctionnant les fautes d'imprudence et de négligence, le Code civil a donné à la jurisprudence le pouvoir de définir elle-même les normes de conduite sociale, les devoirs de comportement ou de civilité. Constituent donc une faute les comportements qui, bien que non prévus par un texte particulier sont contraires aux normes de conduites dégagées par la jurisprudence. Indépendamment de tout fondement obligatoire, l'existence d'un code de bonne conduite ou d'une charte pourra constituer, un standard utile pour le juge dans l'appréciation d'un comportement. Les sanctions juridiques traditionnelles des engagements éthiques sont non seulement possibles et variées⁸²⁵. Plus largement, les juges s'inspirent de la morale ou de l'équité pour dégager les devoirs généraux dont la violation constitue une faute. Ils s'efforcent de les faire évoluer afin de les adapter aux impératifs et besoins de la société. Par suite, ils sont amenés à les réviser afin de les ajuster à l'évolution sociale, culturelle ou économique⁸²⁶. La jurisprudence persiste à tenir le cybercommerçant d'une obligation générale de prudence et de diligence, qu'elle analyse comme une obligation de moyens sur le fondement de l'article 1383 du Code civil. Cette obligation de moyens s'applique aux hébergeurs.

C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt en date du 8 juin 2000 en admettant que l'hébergeur n'a pas commis de faute, nous fournit des éléments essentiels pour apprécier quelle doit être l'attitude des plates-formes en ligne pour lutter efficacement contre les pratiques illicites : *« A l'occasion de son activité une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence quant au contenu des sites qu'elle accueille et dont elle assure la connexion au réseau Internet aux fins de diffusion, par l'intermédiaire de fournisseurs d'accès de messages écrits, visuels ou sonores, qui s'analyse en une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à*

⁸²⁴ Pierre-Yves GAUTIER, De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs Internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile), D. 2011. 2054, point de vue

⁸²⁵ Pascal DEUMIER, Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, dans Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2008, p. 337 et s.

⁸²⁶ Mireille BACACHE-GIBELI, Traité de droit civil. Les obligations : La responsabilité civile extracontractuelle (Dir : Christian Larroumet), 2^e éd., tome 5, éd. Economica 2012, n° 140, p. 152

mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés ; que cette obligation de moyens, qui n'implique pas l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés, doit néanmoins se traduire, au stade de la formation du contrat avec le client-créditeur du site, par des mesures préventives tels la prohibition de l'anonymat ou de la non-identification, l'adhésion à une charte de comportement ou tout autre procédé incitatif au respect des textes et des droits des personnes, et au stade de l'exécution du contrat, par des diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation ; qu'indépendamment des cas où, elle en est requise par l'autorité publique ou sur décision judiciaire, de telles diligences doivent être spontanément envisagées par la société prestataire d'hébergement lorsqu'elle a connaissance ou est informée de l'illégalité, de l'illicéité ou du caractère dommageable du contenu d'un site ou lorsque les circonstances ou modalités de la réalisation, de l'évolution ou de la consultation d'un site, auxquelles elle doit veiller par des outils, méthodes ou procédures techniques d'analyse, d'observation et de recherche, la mettent en mesure d'en suspecter le contenu ; que dans ces hypothèses, ces diligences ne trouvent, sous le contrôle du juge, d'autres limites que l'incompétence ou l'abus de droit de l'hébergeur à apprécier l'illégalité, l'illicéité ou le caractère dommageable du contenu litigieux, qu'en dehors de ces hypothèses, il ne peut être fait grief à cet hébergeur de n'avoir pas contrôlé le contenu d'un site qu'il a pu légitimement ignoré »⁸²⁷.

2- L'application des dispositions pénales préexistantes

831. Les règles générales émanant du Code pénal remplissent parfaitement leur rôle pour lutter efficacement contre les pratiques illicites dans l'univers du cybercommerçant marqué par la dépersonnalisation. Il est demandé à la plate-forme d'agir avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'elle pour détecter et empêcher certains types d'activités illicites. La plate-forme en ligne peut engager sa responsabilité pénale au titre de la qualification de recel et au titre de la contrefaçon de droits d'auteur.

⁸²⁷ CA Versailles, 8 juin 2000, Sté Multmania Production et France Cybermédia c/ Lynda Heineman, épouse Lacoste, D. 2000, IR 270

832. La plate-forme en ligne peut engager sa responsabilité pénale au titre de la qualification de recel selon l'article 321-1, alinéa 2 du Code pénal qui dispose que : « *Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* ». Ce terrain peut être dissuasif et permettre de lutter contre la contrefaçon et les pratiques illicites dans l'univers du cybercommerçant. Il vise à responsabiliser les plates-formes et éviter leur laxisme dans certaines situations, où elles sont informées de l'activité frauduleuse des contrefacteurs qu'elles hébergent et ne prennent aucune mesure de nature à la faire cesser. Ainsi, en percevant des commissions sur la vente de produits dont elle connaissait le caractère contrefaisant, la plate-forme commet le délit de recel. C'est ce qu'a retenu la Cour d'appel de Paris le 23 janvier 2012 qui a condamné eBay à une amende de 200 000 euros pour délit de recel de vente de produits présentés sous une marque contrefaite en affirmant que « *La société eBay International AG, par la passivité de ses services de surveillance, et les rares sanctions totalement inefficaces prononcées par ses organes de contrôle (retraits ponctuels des annonces et remboursement aux annonceurs de ses frais d'annonce) a démontré sa volonté de préserver ses intérêts en ne suspendant pas ou en ne fermant pas les comptes de deux contrevenants afin de ne pas interrompre une activité qui lui profitait directement* »⁸²⁸.

833. La plate-forme en ligne peut engager sa responsabilité pénale au titre de la contrefaçon de droits d'auteur. C'est dans ce cadre que s'inscrit l'arrêt « The Pirate Bay » de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) du 19 février 2013. En effet deux gestionnaires du site « The Pirate Bay » ont été condamnés pour complicité d'infraction à la loi sur le droit d'auteur par les juridictions suédoises à près de 5 millions d'euros de dommages-intérêts et à une peine de prison de dix mois. Suite au refus de leur recours devant la Cour suprême, les intéressés ont saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Les requérants considéraient qu'il y avait violation de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dès lors qu'ils étaient sanctionnés parce qu'ils proposaient un service de partage et de transmission de données et que, si des internautes l'utilisaient au détriment d'objets protégés par le droit d'auteur, ils ne pouvaient en être tenus pour responsables, sauf à heurter leur liberté d'expression. La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dans la décision du 19 février 2013, commence par rappeler

⁸²⁸ CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 23 janv. 2012, SA e-Bay International AG c/ Sté Burberry Limited, Sté Christian Dior Couture, Sté Louis Vuitton Malletier, Comm. com. électr., juill.-août 2012, comm. n° 74 note C. Caron ; Expertises 2012, p. 153 ; RJDA 2012, n° 813 ; Christophe CARON, Places de marché en ligne : l'harmonie des jurisprudences française et de l'Union européenne, Comm.com électr. Juill.-août 2012, comm. n° 74 ; Arrêt disponible sur www.legalis.net

que la liberté d'expression vaut non seulement à l'égard de l'information elle-même mais encore des moyens de transmission et de réception. Elle admet que les « *mesures nécessaires, dans une société démocratique* » en vue d'assurer la protection des droits d'autrui peuvent intervenir, mais elles doivent être proportionnées. Le principe de proportionnalité est bien respecté car elle prend en compte le fait que les défendeurs avaient été totalement indifférents aux demandes qui leur avaient été adressées de retirer les fichiers « Torrent » en cause et au fait que des œuvres protégées étaient l'objet des partages de fichiers opérés par les utilisateurs grâce au site « The Pirate Bay ». La Cour (CEDH) conclut que la condamnation pour contrefaçon ne portait donc pas atteinte à la liberté d'expression⁸²⁹.

834. En somme, en dépit de l'existence des dispositions générales relatives à la protection des parties contractantes et à la lutte contre les pratiques illicites, le législateur a cru bon de créer des textes spécifiques pour lutter contre les pratiques illicites facilitées par la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant. Toutefois, ces textes ont montré leur limite en se révélant inefficaces. Aussi, pour ne pas tomber dans l'élaboration incessante de dispositions spécifiques, dépassées par l'évolution des techniques, avant même d'avoir été adoptées et donc inefficaces, il faut se référer aux règles générales, dotées d'une souplesse et pouvant s'adapter aux évolutions de la technique. C'est pour cela qu'il faut appliquer dans l'univers du cybercommerçant les dispositions civiles et pénales de droit commun pour lutter efficacement contre les pratiques illicites favorisées par la dépersonnalisation. C'est aussi dans cette même logique de lutte contre les pratiques illicites, qu'il faut avoir recours à la coopération entre acteurs du commerce électronique.

B- Le recours à la coopération entre acteurs du commerce électronique

835. La lutte contre les pratiques illicites facilitées par la dépersonnalisation, exige d'avoir recours à l'autorégulation à travers la coopération entre les acteurs du commerce électronique. Chacun se doit d'être actif et réactif dans la lutte contre les pratiques illicites, d'éduquer et de sensibiliser, d'élaborer des outils d'alerte et de protection performants. La coopération entre acteurs du commerce électronique que sont les fournisseurs d'accès

⁸²⁹ CEDH, 10 févr. 2013, n° 40397/12, F. Neij et P. Sunde Kolmisoppi c/ Suède, Comm. com. électr. 2013, comm. 63, Ch. Caron ; Propr. intell. 2013, n° 47, obs. J-M. Bruguière ; RTD com. 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2013, n° 237, p. 325, chron. P. Sirinelli ; Xavier DAVERAT, Un an de droit de la musique, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2014, étude 4, p. 26

Internet, les fournisseurs d'hébergement, les cybercommerçants, les titulaires des droits de propriété intellectuelle, permet d'élaborer des politiques et de prendre des mesures visant à lutter contre les pratiques illicites dans l'univers numérique. Ces politiques et mesures incorporées aux contrats, s'imposent alors aux parties qui les traduisent et les appliquent dans leurs relations avec les internautes. La coopération se manifeste par un consensus des acteurs à travers l'élaboration et l'adoption des règles de conduite que sont les codes de conduites et chartes. La charte est un « *document définissant solennellement des droits et devoirs* »⁸³⁰. Les codes de bonne conduite sont généralement des règles déontologiques privées élaborées par les acteurs concernés dans un secteur précis, des règles d'auto-discipline fondées sur des engagements volontaires. Les règles de conduite permettent d'assurer la sécurité du réseau et la confiance des internautes en vue de permettre au cybercommerçant de développer ses activités. Dans ces conditions, ces règles de conduite se présentent comme un processus volontaire d'explicitation de valeurs de sécurité et de confiance, de principes émanant des règles générales. Elles entretiennent dès lors un lien étroit avec l'activité normative des États en faveur du commerce électronique⁸³¹. C'est la raison pour laquelle, la coopération est recommandée par le législateur et confortée par la pratique. La coopération permet de promouvoir des comportements de vigilance et de sécurité et de renforcer la prévention d'actes illicites en amenant les utilisateurs du réseau numérique à s'interroger sur la licéité de leurs actes. Si lors de leur élaboration, les codes de bonne conduite et autres chartes éthiques sont effectivement dominés par leur caractère volontaire, une fois adoptés, ils s'intègrent dans les mécanismes juridiques classiques qui peuvent les doter d'une efficacité redoutable.

La lutte contre les pratiques illicites dans l'univers du cybercommerçant est de la responsabilité de tous les acteurs d'Internet, seuls capables de pouvoir ensemble limiter les effets néfastes de la dépersonnalisation. Ceci explique l'opportunité du recours à la coopération entre les acteurs du commerce électronique dans un cadre d'autorégulation. Encouragé par le législateur et conforté par la pratique, le recours à la coopération a des fondements (1) et il permet de lutter contre les pratiques illicites à travers la mise en œuvre des mécanismes juridiques classiques (2).

⁸³⁰ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, 10^e éd. PUF 2014, Voir Charte

⁸³¹ Philippe AMBLARD, Régulation de l'internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif, éd. Bruylant, Belgique, 2004, n° 22, p. 17 ; Gérard FARJAT, La notion de droit économique : Arch. Phil. Droit, tome 37, Droit et économie, Sirey, 1992, p. 57

1- Les fondements du recours à la coopération

836. Pour lutter contre le téléchargement illégal facilité par la dépersonnalisation, la Hadopi insiste sur les effets pédagogiques de sa mission ; or la sensibilisation peut être assurée par les acteurs d'Internet à travers les outils de coopération. Les outils de coopération que sont les chartes et codes de bonne conduite ont pour mérite de rapprocher les normes de leurs destinataires et sont assorties de sanctions en cas de violation. Celles-ci sont d'autant mieux acceptées qu'elles résultent d'un processus volontaire. En effet, nul ne peut être contraint d'adhérer aux dispositions d'une charte ou d'un code de bonne conduite, et la méconnaissance des règles peut conduire à l'exclusion du contrevenant. La fonction pédagogique et informative des règles générales que remplissent les outils de coopération permet au législateur et aux organisations internationales de les recommander. En outre, ils sont largement confortés par la pratique car ils s'intègrent dans un processus volontaire et se justifient aussi par des raisons commerciales. Ainsi, dans le but de lutter contre les pratiques illicites, la coopération entre les acteurs du commerce électronique est recommandée par le législateur, elle est de ce fait inscrite dans les règles générales, d'une part, et d'autre part, elle est confortée par la pratique.

837. Les chartes et codes de bonne conduite, en premier lieu, sont recommandés par le législateur et les structures internationales, car ils reprennent les obligations légales et réglementaires. La fonction pédagogique et informative remplie par les outils de coopération est en pratique précieuse. Ils remplissent de ce fait, une fonction importante de publication des obligations juridiques à respecter. L'engagement porté par ces règles de conduite, de respecter les législations existantes est un vecteur d'obéissance à la loi, parce qu'elle est un vecteur de connaissance de la loi. Pour l'État, il y a un gain d'effectivité de la réglementation. De plus en plus désireux d'appuyer leurs politiques législatives sur l'efficacité de ces relais, les institutions multiplient les reconnaissances de ces mécanismes et les encouragent⁸³². Le législateur et les organisations internationales encouragent la coopération des acteurs, à laquelle ils font adhérer plus ou moins volontairement les parties prenantes, en les intégrant dans les règles générales. Cette logique de coopération apparaît dans différents textes internationaux, européens et français.

D'abord, au niveau international, les principes de l'OCDE, adoptés le 29 juin 2011, encouragent la coopération pour promouvoir la sécurité d'Internet, faisant suite à la

⁸³² Pascal DEUMIER, Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, dans Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2008, p. 337 et s.

Déclaration du G8 au sommet de Deauville les 26-27 mai 2011 (point 15). Ensuite, dans l'Union européenne, la volonté politique d'encourager la coopération entre acteurs du commerce électronique est particulièrement forte. La Commission européenne a élaboré une stratégie de coopération dans une Communication du 11 septembre 2009 (« Renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur », COM 2009, 467 final), et prône le recours au dialogue entre les parties intéressées. C'est le cas aussi de la Communication de la Commission européenne du 24 mai 2011 qui précise que l'on doit réprimer les infractions à leur source et, à cette fin, encourage la coopération avec les intermédiaires, notamment les prestataires techniques d'Internet. L'article 16 de la Directive 2000/31/CE, commerce électronique, affirme que les États membres doivent encourager *« l'élaboration par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire »*, codes destinés à régler tout ce qui est information due au consommateur, communication commerciale, passation des commandes. Les auteurs de ladite Directive commerce électronique, l'ont bien pensé puisqu'ils poussent à la communication aux États membres et à la Commission par ceux qui ont élaboré de tels codes *« de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us et les coutumes relatifs au commerce électronique »*. La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur⁸³³, en son article 10 et au Considérant 20, reconnaît le rôle que peuvent jouer les codes de conduite : *« ... Le contrôle exercé par les responsables des codes au niveau national ou communautaire afin d'éliminer les pratiques commerciales déloyales peut éviter le recours à une action administrative ou judiciaire et devrait dès lors être encouragé »*.

Enfin parmi les textes nationaux, nous pouvons citer l'article L. 111-2-II du Code de la consommation qui dispose que : *« Tout professionnel prestataire de services doit également communiquer au consommateur qui en fait la demande ...les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis, l'adresse électronique à laquelle ces codes peuvent être consultés ainsi que les versions linguistiques disponibles... »*

838. Le recours à la coopération, en deuxième lieu, est conforté par la pratique car les outils de coopération permettent d'attirer la clientèle en lui donnant certaines garanties afin de susciter la confiance dans un environnement où il n'existe pas de contact physique avec le cybercommerçant. En effet, l'absence de présence physique des parties et l'utilisation du support électronique matérialisant la dépersonnalisation suscitent des inquiétudes quant à la

⁸³³ JOUE n° 149, du 11 juin 2005, p. 22

sécurisation des échanges dans l'univers du cybercommerçant. La motivation présidant à l'adoption des règles de conduite est de ce fait, commerciale. Derrière les règles de conduite, figure l'enseigne et une certaine garantie de qualité homogène, une réputation, une logique commerciale unique fondée sur la coopération. Si la modélisation des comportements vers une attitude plus respectueuse de certaines valeurs est la fonction attendue des institutions de ces nombreux codes, la publicité qu'elle assure est à l'inverse celle qui mobilise les entreprises. Les outils de coopération ont avant tout vocation à satisfaire les attentes du client. Ils sont fortement influencés par les exigences de ce dernier. C'est pourquoi ces règles sont surtout des assurances, des garanties du respect des droits et des intérêts du client. Il s'agit pour les cybercommerçants de garantir aux consommateurs et plus largement aux partenaires économiques de la conformité ou la qualité de leur service en ligne. L'autorégulation a pour objectif d'inspirer la confiance⁸³⁴. L'on comprend ainsi pourquoi les sanctions dans les relations avec les partenaires économiques se traduisent par l'interdiction d'utiliser un logo ou une enseigne, par la résiliation du contrat. Ces sanctions peuvent avoir un impact commercial à savoir la perte de la clientèle qui se fie au logo, au label, ou à l'enseigne garantissant une qualité reconnue par des structures crédibles de certification ou de labellisation. C'est le cas de la fédération des entreprises du commerce électronique et de vente à distance (la Fevad) qui prévoit que l'adhésion à ce groupement permet l'utilisation de son emblème et que celle-ci implique l'adhésion aux règles d'autodiscipline qu'elle a approuvées. Par conséquent, un adhérent qui ne respecterait pas ces textes pourrait se voir retirer la possibilité d'utiliser le sigle de la Fevad et pourra être exclu. Les entreprises sont donc incitées à s'engager éthiquement pour attirer des clients⁸³⁵.

2- La lutte contre les pratiques illicites fondée sur les mécanismes juridiques classiques

839. Les règles de conduite, une fois adoptées dans le cadre de la coopération entre acteurs du commerce électronique, sont intégrées dans les contrats du cybercommerçant. Elles participent de ce fait aux moyens de lutte contre les pratiques illicites en donnant la possibilité aux cybercommerçants de prendre des mesures de prévention et des sanctions lorsque ces

⁸³⁴ Philippe AMBLARD, Régulation de l'internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue interinformatif, précité, n° 111 et s. , p. 96 et s.

⁸³⁵ Anne DEBET, Les chartes et autres usages du droit de l'internet, Cah. Dr. Entr. 2008/4, n° 40, p. 48 ; Pascal DEUMIER, Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, dans Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2008, précité, p. 337 et s.

règles de conduite sont violées. La technique contractuelle permet de donner force obligatoire aux règles de conduite. Si, une fois contractualisés, ces chartes ou codes de conduite ne sont opposables qu'entre les parties, leur large diffusion ne peut qu'inciter le juge à les prendre en considération⁸³⁶. Les règles de conduites s'intègrent au sein de l'ordonnement juridique à travers l'instrument contractuel et l'œuvre prétorienne afin de lutter contre les pratiques illicites facilitées par la dépersonnalisation. Il faut relever que les chartes ou les codes de conduite s'imposent dans l'organisation des rapports entre les différents acteurs du commerce électronique au travers du contrat. Instrument de l'autonomie normative des acteurs d'Internet, le contrat a rapidement et naturellement intégré les règles de conduites. Par le lien contractuel, les règles de conduite deviennent source d'obligations, leur élaboration ou leur insertion pouvant être interprétées comme une des modalités d'exécution de bonne foi du contrat. Standardisées, les clauses contractuelles imposent les règles de conduite comme le cadre objectif des rapports entre les cybercommerçants et leurs clients, les internautes. Dans cette mesure, les règles de conduite déterminent le champ d'application de la responsabilité contractuelle des parties au contrat ; car ne pas respecter ces règles peut engager la responsabilité civile. Les règles de conduite intégrées dans les contrats, sont des moyens de lutte contre les pratiques illicites à travers la prise de mesures de prévention et des sanctions lorsque ces règles de conduite sont violées. Des mesures de contrôle et de surveillance sont d'ores et déjà mises en place, à l'initiative de certaines plates-formes et d'autres acteurs dans une approche d'autorégulation visant à lutter contre les pratiques illicites⁸³⁷.

840. Dans un premier temps, les plates-formes en ligne signent des conventions et s'engagent à mettre en place des moyens concrets pour lutter contre les pratiques illégales sur Internet. C'est dans ce cadre qu'une importante charte pour lutter contre la contrefaçon a été signée entre les titulaires de droits, les fédérations et les plates-formes de commerce électronique le 19 décembre 2009 (dite Charte Brochand-Sirinelli). En outre, un protocole d'accord dit MoU (Memorandum of Understanding, a été signée à Bruxelles le 4 mai 2011 entre des titulaires de droits et des plateformes de commerce électronique (Amazon, eBay, PriceMinister). Les signataires s'engagent à collaborer en mettant en place des mesures préventives et proactives dans le but de réduire la contrefaçon en ligne. Une « Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet » avait déjà été adoptée en France le 16 décembre 2009,

⁸³⁶ Pierre-Dominique CERVETTI, Pour un droit pédagogique : l'adaptation du droit à son public, in Dossier spécial « Hadopi », RLDI n° 67, janv. 2011, p. 75-78

⁸³⁷ Marie-Alice CHARDEAUX, Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité, Comm. Com. électr. n° 5, mai 2011, étude 10 ; Christophe GEIGER, « HADOPI », ou quand la répression devient pédagogique : Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux « de pair à pair », D. 2011, p. 773

signée initialement par des fédérations professionnelles, des grandes marques et des plates-formes de commerce électronique. Il existe aussi des chartes relatives aux sites de petites annonces (signée par LeBonCoin.fr, marché.fr, vivastreet, trefle.com)⁸³⁸.

Les plates-formes en ligne mettent en œuvre des moyens concrets pour lutter contre les pratiques illicites ; c'est le cas de Dailymotion et eBay. En effet, la politique de la plate-forme Dailymotion a consisté à définir des règles de conduite et à la mise en place de mesures techniques en vue d'empêcher la mise en ligne de certaines œuvres en en comparant leurs empreintes numériques avec celle de l'original, laquelle est accessible sur un fichier spécial constitué grâce à la coopération avec les éditeurs de contenus et l'industrie culturelle. La mise en ligne des contenus illicites est empêchée en amont. En outre, depuis 1998, la place de marché eBay a mis en place des règles de conduite intégrées dans les contrats, un programme de protection des ayants droit et une coopération avec les forces de l'ordre. Les moyens de lutte contre la contrefaçon se manifestent par des procédures de notification et de retrait, la suspension des utilisateurs contrevenants et la mise en place de mesures pour empêcher les utilisateurs suspendus de se réinscrire sur le site. Ces mesures sont validées par la jurisprudence. C'est dans ce cadre que s'inscrit la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 5 mai 2009 qui a approuvé les mesures prises par eBay visant à fermer les comptes d'un vendeur suspect en considérant que la société eBay a fait une application légitime des conditions générales d'utilisation du site qui constituent la loi des parties en ces termes : « *Les mesures de suspension contestées ont été prises en application de l'article 9 des conditions générales de vente qui dispose qu'un telle mesure peut être prise, notamment, dans le cas de violation des conditions générales de vente ; qu'il relève que la société eBay Europe avait précédemment procédé, sans rencontrer de contestation, à la fermeture des comptes ouverts par la société XSS constituée par les mêmes associés que la société DWC, qui était hébergée par le même serveur et avait la même adresse IP et que cette dernière ayant ouvert des comptes identiques, mettait en œuvre les mêmes procédés que ceux ayant conduit à la fermeture des comptes...* »⁸³⁹.

841. Dans un deuxième temps, la lutte contre les pratiques illégales exige l'implication des autres acteurs d'Internet (les acteurs autres que les fournisseurs d'accès Internet et d'hébergement). Partant du constat que les sites qui proposent des contenus illicites

⁸³⁸ Alexandre BENSAMOUN et Célia ZOLYNSKI, La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle, D. 2011, p. 1773 ; Céline CASTETS-RENARD, Droit de l'internet : droit français et européen, précité, n° 792, p. 297

⁸³⁹ Cass. com. 5 mai 2009, Sté DWC c/ Sté eBay Europe, Sté eBay France, Comm. com. électr., sept. 2009, comm. n° 80, note A. Débet

sont financés soit par la publicité, soit par l'abonnement, il faut assécher leurs ressources en incitant les acteurs de la publicité et du paiement en ligne à signer une charte précisant leur cadre d'implication et d'intervention en matière de lutte contre la contrefaçon de droit d'auteur sur Internet. Les actions à l'encontre des intermédiaires financiers et des régies publicitaires semblent les plus réalistes. Un devoir de coopération avec les régies publicitaires à travers des mesures de déréférencement, pourrait être envisagé. Il est aussi possible d'envisager un blocage des comptes bancaires ou la coopération des intermédiaires de paiement. A cet effet, en juin 2011, Paypal American Express et d'autres intermédiaires ont signé un accord relatif à la mise en œuvre de bonnes pratiques en matière d'assistance dans le cadre de procédures contre des sites distribuant des produits culturels contrefaisants en envisageant notamment la suspension des transactions avec ces opérateurs. Un site russe AllofMP3 a été purement et simplement neutralisé en 2006 à la suite des actions de Visa et de Mastercard ayant stoppé toutes les transactions vers cette plate-forme⁸⁴⁰.

⁸⁴⁰ Vincent FAUCHOUX, Pierre DEPREZ et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Le droit de l'internet : Lois, contrats et usages*, précité, n° 419, p. 294

Conclusion du Chapitre 2

842. L'objectif de sécuriser les relations tant contractuelles qu'extracontractuelles dans l'univers du cybercommerçant s'est matérialisé par l'élaboration de règles spéciales. Cependant, le dispositif législatif et réglementaire, particulièrement complexe, qui est issu de cette ambition a été marqué par l'ambiguïté et la contradiction des règles d'une part, et d'autre part, par l'absence de sanctions ou des sanctions inadéquates. En outre, le dispositif spécial particulièrement inadapté issu de cette ambition, découle de la mauvaise coordination avec les autres régimes spéciaux de responsabilité et de l'évolution rapide de la technique. Il en résulte que les causes de l'inefficacité des règles spéciales résident dans leur complexité et leur inadaptation.

Les causes connues, il faut donc proposer des solutions qui vont consister en l'application des mécanismes juridiques classiques et au recours à l'autorégulation. L'application des mécanismes juridiques classiques impose d'abord la nécessité de remise en cause des règles spéciales par le législateur. Elle se manifeste ensuite par la référence faite aux principes généraux en laissant aux juges, le soin d'adapter dans chaque situation concrète les règles générales. L'application des règles générales évite une inflation législative avec des règles spéciales complexes et inadaptées, et responsabilise les acteurs du commerce électronique qui peuvent se tourner vers l'autorégulation. Les instruments d'autorégulation que sont la coopération entre les acteurs du commerce électronique et les modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges, ne peuvent s'exonérer des grands principes du droit qu'il appartient au législateur de fixer, et au juge de reconnaître et de sanctionner. Désormais encadrée par les règles générales, la voie de l'autorégulation offre des possibilités de souplesse et d'adaptation que les règles spéciales.

Il ressort de cela que pour neutraliser la dépersonnalisation, il faut rejeter les règles spéciales, car elles sont inefficaces.

Conclusion du Titre 2

843. Pour neutraliser la dépersonnalisation, alors que les règles générales s'appliquent aisément et efficacement dans l'univers du cybercommerçant, le législateur a fait le choix d'un dispositif spécial, qu'il voulait simple, souple et allégé. Toutefois, il n'a fait que reprendre des dispositions générales existantes pour élaborer des règles spéciales. Les règles spéciales régissent les relations contractuelles à travers le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit et les relations extracontractuelles à travers la responsabilité pour faute caractérisée et le téléchargement illégal. Il nous a été donné de constater que ces instruments spéciaux paraissent bien éloignés des promesses, des espoirs et des attentes du législateur avec un dispositif complexe et inadapté qui ne permet pas de neutraliser la dépersonnalisation. Les interventions du législateur doivent être plus prudentes que l'univers du cybercommerçant recèle une complexité particulière. Elles doivent s'inscrire dans des principes généraux capables de survivre à l'évolution des techniques. Nous avons commencé cette conclusion, en indiquant que les règles spéciales sont inutiles, nous terminons en affirmant qu'elles sont inefficaces. Le caractère superflu et l'inefficacité des règles spéciales imposent alors de les rejeter.

Conclusion de la Deuxième Partie

844. Le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel à travers la dématérialisation de ses activités. La première difficulté suscitée par la dématérialisation est l'ubiquité. La deuxième difficulté est la dépersonnalisation qui a été l'objet de cette deuxième partie. La dépersonnalisation se manifestant par l'absence des parties contractantes et le recours au support électronique, affecte tant les relations contractuelles qu'extracontractuelles du cybercommerçant. La dépersonnalisation facilite amplement les risques comme le consentement non éclairé, l'inexécution du contrat, les contenus illicites des sites Internet préjudiciables aux cocontractants et aux tiers. L'enjeu se résume à lever les craintes des acteurs sur la sécurité de leurs échanges dans cet environnement marqué par la dépersonnalisation. Si de manière générale, l'on pouvait faire une application pure et simple des règles existantes, dans certaines situations, l'existence d'obstacles, nécessitait d'adapter les règles existantes pour résoudre les questions de preuve, et des conditions de forme et de fond du contrat. Le recours aux règles générales est la voie choisie pour neutraliser les effets néfastes de la dépersonnalisation. Toutefois, le législateur français à la suite du législateur européen va envisager une autre voie, qui consiste à élaborer des règles spéciales. Ces règles spéciales, selon le législateur, ont pour objectif d'instaurer un état d'ordre propice au commerce en rassurant les acteurs contre les risques liés à l'utilisation du support électronique. Elles régissent d'une part, les relations contractuelles à travers le formalisme informatif et la responsabilité de plein droit et d'autre part, les relations non-contractuelles à travers la responsabilité pour faute caractérisée et le téléchargement illégal.

Le premier constat est que ces règles spéciales sont inutiles car elles reprennent les dispositions générales. Le deuxième constat est que ces règles spéciales sont inefficaces, car elles sont complexes et inadaptées.

Il ressort de cela que loin de créer des règles spécifiques, il faut appliquer les règles générales dans l'univers du cybercommerçant. Ainsi, pour neutraliser la dépersonnalisation, il est judicieux de se tourner vers des solutions générales, souples, transversales, applicables à toutes les questions du commerce électronique et du commerce traditionnel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

845. L'apparition d'Internet avec son développement si important et si rapide permet de constater quotidiennement l'omniprésence des nouvelles technologies dans les événements qui affectent notre société. D'un réseau ouvert voué à la communication, Internet est également devenu un lieu d'échange commercial à l'origine du commerce électronique et suscitant l'émergence d'un acteur essentiel à savoir le cybercommerçant.

Le cybercommerçant se distingue du commerçant traditionnel à travers la dématérialisation de ses activités. Il subit une transformation brutale et radicale de l'organisation et de l'exercice de son activité consistant dans un processus de dématérialisation, c'est-à-dire de disparition de tout ou partie des supports physiques et tangibles qui fondaient traditionnellement l'exercice de l'activité commerciale. Cette dématérialisation se manifeste dans l'univers du cybercommerçant par l'ubiquité et la dépersonnalisation.

L'ubiquité est la possibilité d'être présent en plusieurs lieux à la fois. C'est la situation dans laquelle se trouve le cybercommerçant. En effet, étant donné le caractère mondial, sans frontière du réseau numérique, le site Internet du cybercommerçant est perceptible partout dans le monde. Et du coup, le professionnel du commerce électronique est accessible en même temps dans tous ces États. La dépersonnalisation se manifeste par l'absence des parties contractantes et l'utilisation d'un moyen de communication à distance. L'ubiquité et la dépersonnalisation ne procurent pas uniquement des avantages, ils produisent aussi des menaces qui pèsent sur l'exercice de l'activité du cybercommerçant. Internet porte les mêmes dangers que toute activité humaine dont toutefois, il peut décupler les effets, ce qui est quelque chose de nouveau. Un tel phénomène ne peut rester sans conséquences au niveau juridique. Il va donc s'agir de neutraliser les effets néfastes de la dépersonnalisation. La neutralisation consiste à trouver des solutions aux difficultés suscitées par l'ubiquité et la dépersonnalisation.

Le problème posé était alors de déterminer s'il fallait appliquer au cybercommerçant les règles générales ou adopter des règles spécifiques dans le but de neutraliser les effets néfastes de la dématérialisation, manifestée par l'ubiquité et la dépersonnalisation. Nous avons affirmé qu'il faut appliquer au cybercommerçant les règles générales pour neutraliser les effets néfastes de l'ubiquité et de la dépersonnalisation.

846. Dans une première partie, nous avons retracé les problèmes posés par l'ubiquité afin de les résoudre. La solution consiste à appliquer les règles générales. Nous

avons montré qu'en dépit de l'ubiquité, les règles générales fournissent des critères qui permettent de rattacher le cybercommerçant à un territoire. Ce rattachement à un territoire aura pour conséquence l'intégration du cybercommerçant dans le droit commun à tous les commerçants.

847. Dans un premier titre, nous avons souligné que l'ubiquité permet au cybercommerçant, installé en un seul endroit, de développer son activité dans presque tous les pays où son site est accessible. L'ubiquité de l'activité du cybercommerçant est de ce fait, susceptible de causer certaines difficultés concernant d'une part, la sécurité juridique de l'opérateur du commerce électronique et d'autre part, l'exercice de la souveraineté des États. En effet, le site Internet étant accessible dans presque tous les pays du monde, le cybercommerçant se verrait localisé dans tous ces pays. La conséquence est qu'il serait donc soumis à toutes les législations du monde et à une compétence universelle de toutes les juridictions. Le cybercommerçant peut également échapper facilement à l'application des lois étatiques. Chaque État édicte des lois qui s'appliquent à tous ceux qui sont sur le territoire. La plurilocalisation sur différents territoires a toujours existé. L'idée de territorialité a d'ailleurs pour vertu d'y faire face. L'ubiquité trouve une solution à travers l'attraction vers le monde physique. Il ne peut en être autrement pour le commerçant de l'univers numérique. Les règles générales offrent plusieurs critères efficaces qui permettent de rattacher le cybercommerçant à un territoire. Alors, loin de rattacher le cybercommerçant à tous les pays où son site est accessible, ces critères permettent d'atténuer les effets de l'ubiquité. Il ressort dans cette perspective que l'on peut neutraliser l'ubiquité en rattachant le cybercommerçant à un territoire à travers les règles générales qui fournissent des critères relatifs à l'établissement et à l'activité. Le droit international privé, les règlements européens (Bruxelles I, Rome I, et Rome II), et les autres règles nationales offrent les bases de solution au problème de l'ubiquité des activités du cybercommerçant, à travers la prévisibilité de la juridiction compétente et de la loi applicable. C'est pour cela que nous avons rejeté les critères fondés sur les éléments technologiques (accessibilité du site Internet, nom de domaine, le serveur, l'adresse IP, etc.) pour admettre uniquement les éléments traditionnels de localisation. La localisation de l'établissement et de l'activité du cybercommerçant permet de surmonter les obstacles tirés de l'ubiquité par l'application des règles générales. Le champ d'application des règles relatives à l'établissement est défini par l'installation du cybercommerçant sur un territoire. Ce rattachement par le critère de l'établissement permet de soumettre l'activité du commerce électronique à la loi du lieu d'établissement du cybercommerçant. Les activités du cybercommerçant ont des effets dans le monde réel ; car il déploie ses activités dans un ou

plusieurs territoires. De cela, il découle que le rattachement peut aussi se faire par l'activité. Le champ d'application des règles organisant l'accès au marché et l'exercice de l'activité est défini par la localisation de l'activité.

848. Dans un deuxième titre, nous avons mis en relief que la conséquence du rattachement est l'intégration du cybercommerçant qui est le processus consistant à le faire entrer dans un grand ensemble qui est la communauté des commerçants. Ces commerçants sont régis par un ensemble de règles qui déterminent tant leur statut que les instruments nécessaires à l'exercice de l'activité.

L'intégration du cybercommerçant dans le statut professionnel applicable au commerçant traditionnel permet au cybercommerçant de connaître l'étendue exacte des conditions et obligations liées à l'exercice de l'activité commerciale. Cela garantit la sécurité juridique qui suppose uniformité, clarté, transparence et prévisibilité des règles commerciales et fiscales.

Si les règles ne doivent pas avoir pour but d'imposer un traitement discriminatoire au cybercommerçant et à ses activités, il est également important d'éviter des distorsions inévitables de la concurrence. Or, Internet facilite les fraudes et évasions. Dans cette situation, l'égalité des chances est rompue dans la concurrence entre opérateurs. Le principe de la nécessaire égalité des conditions de concurrence entre opérateurs, impose de trouver des solutions pour lutter contre les distorsions de concurrence. Ces solutions sont puisées dans les règles générales.

Rattaché à un territoire, il fallait donner au cybercommerçant les moyens facilitant l'exercice de son activité. Or, le cybercommerçant utilise des instruments propres à l'environnement numérique à savoir le site Internet et le nom de domaine pour exercer ses activités. La reconnaissance juridique des instruments techniques du cybercommerçant permet de protéger ce dernier, en lui donnant les outils commerciaux qui faciliteront son commerce. Pour cela, il s'est agi à travers les règles générales d'abord de qualifier juridiquement et de protéger les instruments techniques du cybercommerçant. Ainsi, le nom de domaine qualifié d'adresse est protégé par le droit d'usage, et le site Internet qui est peut être qualifié d'œuvre de l'esprit est protégé par le droit d'auteur et le droit *sui generis* de la base de données. Ensuite, toujours sur la base des règles générales, il s'est agi de reconnaître juridiquement la dimension commerciale des instruments techniques que le cybercommerçant utilise, afin de favoriser le développement de son activité. L'usage commercial qu'il fait de ces instruments techniques, permet par analogie, de les identifier aux outils du commerçant traditionnel que sont l'espace commercial et le signe distinctif. Ainsi, le site électronique et le nom de domaine peuvent être assimilés aux instruments commerciaux traditionnels en vue d'appliquer au cybercommerçant

les régimes de protection classiques comme les règles générales de la concurrence déloyale et du parasitisme fondées sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Le cybercommerçant se voit appliquer toutes les règles commerciales qui régissent les outils que le commerçant traditionnel utilise dans le cadre de son activité. Ces outils commerciaux constituent un tout, un contenant, un ensemble qui permet d'attirer la clientèle, le cybercommerçant pourrait aussi bénéficier, comme tout commerçant, d'un fonds de commerce. Il fallait donc étendre la notion de fonds de commerce pour donner au cybercommerçant un instrument de crédit en vue de développer son activité commerciale. Cela va permettre au professionnel du commerce électronique de lever plus facilement des fonds pour financer son activité et aux établissements de crédit de disposer d'une garantie plus efficace.

849. Dans une deuxième partie, nous avons examiné les problèmes que pose la dépersonnalisation dans l'univers du cybercommerçant en vue de trouver des solutions. La dépersonnalisation crée des risques dus d'une part, au défaut de présence physique des parties contractantes et d'autre part, à l'utilisation du système informatique pour conclure le contrat. Nous avons soutenu que la neutralisation de la dépersonnalisation impose d'appliquer les règles générales et de rejeter les règles spéciales.

850. Nous avons démontré dans un premier titre que pour neutraliser la dépersonnalisation, il fallait appliquer les règles générales, soit à travers une application pure et simple des règles, soit à travers, l'adaptation des règles.

Dans un premier temps, la dépersonnalisation suscite des difficultés dues au défaut de présence physique des parties. Le défaut de présence physique des parties a des effets sur la formation du contrat. L'échange se produit entre des personnes « virtuelles », définies par un ensemble d'informations. Le cybercocontractant n'a pas de contact physique avec les biens qu'il souhaite acquérir, et il n'a pas de contact physique avec le professionnel qui propose ses biens et services. Les difficultés liées à la dépersonnalisation correspondent aux mêmes difficultés que celles connues par les contrats à distance, et des solutions ont été déjà trouvées, d'où l'application pure et simple des règles existantes. Ainsi, les contrats du cybercommerçant n'échappent pas aux règles complétant les exigences de l'article 1108 du Code civil, qui émanent d'autres textes législatifs comme le droit de la consommation et le droit international privé. Certains défis liés à la dépersonnalisation ont trouvé solution en ayant recours à l'application pure et simple des règles générales régissant les contrats traditionnels, à travers la théorie générale des contrats et le régime des contrats à distance.

Si le régime du contrat à distance avait déjà trouvé des solutions aux risques de la dépersonnalisation, relatives à l'identité de la personne du cocontractant, à l'information sur les produits, à l'authentification des consentements, à la fixation du lieu et du moment de formation du contrat et à la rétractation possible du consentement donné, le contrat du cybercommerçant ajoute à ces spécificités répertoriées, l'influence singulière de la technique de communication à distance utilisée à savoir le support électronique.

Dans un deuxième temps, la dépersonnalisation crée des risques dus à l'utilisation du système informatique pour conclure le contrat en l'absence des protagonistes. L'utilisation du système informatique pour conclure le contrat peut remettre en cause les exigences traditionnelles liées à la forme et au fond du contrat. La dépersonnalisation pose le problème de la validité du contrat électronique et de sa preuve. L'utilisation du support électronique pour conclure le contrat implique certaines spécificités. D'abord, le papier qui occupe une place de choix dans le commerce traditionnel disparaît au profit du support électronique dans l'environnement du cybercommerçant. Ensuite, pour exprimer leurs volontés respectives, les parties contractantes utilisent les techniques imposées par le système informatique, à savoir le geste électronique (le clic) sur le site Internet, et le courrier électronique qui n'avaient pas été régies au préalable par les règles existantes.

Comment le support électronique permet aux parties d'extérioriser valablement à distance le consentement nécessaire à la formation du contrat et de pouvoir faire la preuve du contrat ? Il a fallu s'interroger sur les particularités de l'univers du cybercommerçant susceptibles de remettre en cause l'existence et la protection du consentement des parties contractantes, d'une part, et d'autre part sur les exigences relatives à la forme et à la preuve du contrat fondées traditionnellement sur l'écrit sur support papier qui disparaît dans l'univers du cybercommerçant. Pour résoudre ces problèmes, loin de créer des règles spécifiques, il s'est agi d'adapter les règles existantes. Il a été nécessaire de prévoir la reconnaissance juridique du consentement par voie électronique et sa protection, d'une part, et d'autre part, la reconnaissance juridique de l'écrit et la signature électroniques, et de la preuve électronique en ayant recours aux principes d'assimilation et de non-discrimination dans le but de sécuriser l'univers du cybercommerçant. Cela est justifié par les spécificités techniques du réseau numérique. Le processus d'adaptation du droit aux nouvelles technologies vise à utiliser des règles simples et extrêmement souples pour surmonter les difficultés constituées par une série de conditions formelles traditionnelles.

851. Nous avons rejeté dans un deuxième titre l'application des règles spéciales parce qu'elles sont superflues et inefficaces. Les règles spéciales ne permettent pas de

neutraliser la dépersonnalisation tant dans les relations contractuelles que dans les relations extracontractuelles.

Dans les relations contractuelles, les risques liés à l'absence des protagonistes et aux particularités du support électronique imposant la disparition du support papier concernent le consentement non éclairé, la preuve du contrat et l'inexécution du contrat. La réponse du législateur a été d'élaborer des règles spéciales relatives au formalisme informatif et des règles spéciales relatives à la responsabilité de plein droit. Dans les relations extracontractuelles, l'évolution des techniques informatiques, notamment le haut débit, qui permet de numériser des œuvres, de réduire le temps du téléchargement et d'augmenter les possibilités de stockage et de circulation des contenus numériques, s'accompagne du développement des téléchargements illicites sur Internet et la mise à disposition des internautes du monde entier d'œuvres de l'esprit en violation des droits d'auteur. La réponse du législateur a été d'élaborer des règles spéciales concernant la responsabilité limitée des hébergeurs, et le téléchargement illégal par échange de fichier pair à pair.

Le premier constat que nous avons fait, est que ces règles spéciales sont superflues. En effet, elles reprennent les dispositions générales régissant les relations contractuelles concernant le formalisme informatif et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Dans les relations extracontractuelles, les règles spéciales reprennent les dispositions générales de la responsabilité pénale et civile, et de la contrefaçon. Les règles générales s'appliquent aisément dans l'univers du cybercommerçant. Il ressort de cela le caractère superflu des règles spéciales.

Le deuxième constat est que ces règles spéciales sont inefficaces. En effet, le dispositif législatif et réglementaire, particulièrement complexe, qui est issu de l'ambition du législateur de neutraliser la dépersonnalisation a été marqué par l'ambiguïté et la contradiction des règles d'une part, et d'autre part, par l'absence de sanctions ou des sanctions inadéquates. En outre, le dispositif spécial particulièrement inadapté issu de cette ambition, découle de la mauvaise coordination avec les autres régimes spéciaux de responsabilité et de l'évolution rapide de la technique. Il en résulte que les causes de l'inefficacité des règles spéciales résident dans leur complexité et leur inadaptation. Les causes de l'inefficacité des règles spéciales connues, il fallait donc proposer des solutions qui vont consister en l'application des mécanismes juridiques classiques et au recours à l'autorégulation. L'application des mécanismes juridiques classiques impose d'abord la nécessité de remise en cause des règles spéciales par le législateur. Elle se manifeste ensuite par la référence faite aux principes généraux en laissant aux juges, le soin d'adapter dans chaque situation concrète les règles générales. L'application des règles générales évite une inflation législative avec des règles spéciales

complexes et inadaptées, et responsabilise les acteurs du commerce électronique qui peuvent se tourner vers l'autorégulation.

852. A l'issue de cette étude sur le cybercommerçant, nous pouvons retenir que l'entrée dans un monde virtuel et global, pire l'immatérialité, accroît le sentiment d'insécurité pour celui qui veut contracter et représente un véritable défi pour la technique et le droit. Comment maintenir dans l'environnement du cybercommerçant les mêmes niveaux de sécurité des relations contractuelles qui existent dans le commerce traditionnel ? La sécurité juridique impose un environnement sûr et fiable. Le chantier est loin d'être engagé si l'on se contente aujourd'hui de remplir les vides et de combler les trous à coup de nouvelles lois, de nouveaux décrets ou de nouveaux arrêtés. Prises en urgence la plupart du temps, et sans vision panoramique, ces nouvelles dispositions successives, posent souvent davantage de problèmes qu'elles n'en résolvent. Les facteurs d'incertitude juridique sont, en effet, aujourd'hui des plus nombreux. On peut évoquer le caractère superflu et l'inefficacité des règles spéciales, les revirements des décisions jurisprudentielles. Plus que jamais, le législateur et le juge doivent donc, sous peine de connaître quelques désagréments, bien diagnostiquer les risques afférents à leurs interventions et partant, s'efforcer de les prévenir. Si le commerce électronique est devenu un enjeu politique et économique majeur pour les pays, son développement suppose la sécurité (juridique et technique) qui va susciter la confiance des utilisateurs. L'essor du commerce électronique repose sur la confiance que les utilisateurs accorderont au système⁸⁴¹.

La confiance peut se définir comme « *une espérance ferme, une assurance de celui qui se fie à une personne, à une chose* »⁸⁴². La confiance est la valeur essentielle à toute relation de commerce. Le législateur accélère le processus d'acceptation du nouveau moyen de communication à distance qu'est le support électronique, en la décrétant. Il le fait dans une « Loi pour la confiance dans l'économie numérique ». Cet affichage participe au processus psychologique de la confiance. L'objectif du législateur est de contribuer au développement du commerce électronique en suscitant un sentiment de confiance chez les acteurs. Mais quand le législateur français nous promet la confiance, il n'est pas interdit de se demander si le dispositif mis en place est bien de nature à faire que ce résultat soit atteint. S'il est difficile

⁸⁴¹ BARBRY Éric, Le droit de l'internet est devenu au fil des années un « droit spécial », Gaz. Pal., 23 octobre 2010, n° 296, p. 14, précité ; Anne PENNEAU, Contrat électronique : Du Code de la consommation au Code civil, LPA 13 mai 2004, n° 96, précité, p. 3 ; Éric CAPRIOLI, Sécurité et confiance dans le commerce électronique, JCP G, 1998, I, 123, précité.

⁸⁴² Dictionnaire Le Petit Robert 2014, voir confiance

d'apprécier l'impact de cette manœuvre, et plus largement la dimension subjective de la confiance, il est néanmoins possible de vérifier objectivement si les règles imposées par le législateur méritent cette confiance. La confiance se mérite, mais ne se décrète pas. La confiance est aussi l'affaire d'accoutumance. La dimension psychologique de la confiance devrait s'acquérir dans le temps⁸⁴³.

853. En définitive, les règles générales sont sollicitées aux fins de saisir une réalité technologique en mutation. Le droit trouve des réponses aux mouvements de la société par la voix du législateur ou du juge. Les règles générales qui constituent le fondement même de notre société, qu'elles relèvent du droit civil, du droit commercial, du droit de la consommation, du droit de la propriété intellectuelle, du droit pénal, etc., ne sont pas remises en cause par les bouleversements techniques appelés par certains, révolution numérique. En revanche, la permanence des grands principes n'exclut pas l'adaptation du droit. Si les grands principes juridiques subsistent, la permanence du droit ne doit pas être confondue avec l'immobilisme. A cet égard, le développement d'Internet conduit désormais à s'interroger sur l'adaptation des règles générales, lorsque surgissent des difficultés d'application pure et simple desdites règles dues aux particularités du support électronique.

Depuis toujours, toute innovation suppose une adaptation des règles de droit pour maintenir une certaine idée de « justice sociale ». La révolution industrielle s'est accompagnée de développements importants relatifs à la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui. L'arrivée du téléphone a mis en question la législation sur le secret des correspondances. La naissance de la télévision a soulevé le problème de la responsabilité en cascade pour les délits de presse. La photocopieuse a accentué l'importance des copies privées dans la gestion des droits d'auteur impliquant de nouvelles règles de fiscalité indirecte. Les technologies de l'information et de la communication ne constituent donc, que l'une de ces innovations auxquelles le droit s'adapte⁸⁴⁴.

Cette étude sur le cybercommerçant nous a permis de confronter la nouveauté aux concepts anciens afin de découvrir qu'Internet affectant l'activité du commerçant à travers la dématérialisation, permet de revitaliser les concepts traditionnels en nous faisant prendre conscience des dangers des solutions nouvelles nécessitant l'élaboration de règles spéciales.

⁸⁴³ Céline CASTET-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », Defrénois, oct. 2006, n° 20/06, p. 1529-1551, précité ; Michel VIVANT, Le contrat plongé dans l' « économie numérique », in Rev. des contrats 2005/4, p. 533 et s., précité)

⁸⁴⁴ Didier LAMETHE, L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation, Revue des sciences morales et politiques, 1999, p. 305 ; Axel LEFEBVRE et Etienne MONTERO, Informatique et droit : Vers une subversion de l'ordre juridique ?, in Droit des technologies de l'information : Regard prospectifs, (Dir. Etienne MONTERO), Cahiers du CRID n° 16, éd. Bruylant Bruxelles, 1999, p. IX

En ce sens la révolution numérique invite bien plus à une relecture du droit qu'à une révolution du droit. Il s'agit de s'opposer à un droit séparé, constitué de règles spéciales qui s'appliqueraient dans l'univers du cybercommerçant. En même temps, d'un point de vue positif, le développement des nouvelles technologies de la communication et de l'information oblige incontestablement à un nouveau regard, à affiner certaines analyses, à approfondir certaines notions classiques. Dans cette perspective, nous avons été amenés à revisiter les fondamentaux du droit et à nous interroger sur leur pertinence face aux mutations de notre société. La technologie et son moteur qu'est l'innovation, ne peuvent se trouver au péril des règles générales. Il ressort de cela que les modalités d'intervention de l'État sont appelées à se renouveler, car la main du législateur gagnerait à se remettre parfois à trembler. Le législateur est de ce fait invité à la mesure⁸⁴⁵. Le sage précepte, exprimé par Usbek dans sa lettre adressée à Rhédi, à travers Les lettres persanes de MONTESQUIEU, doit pouvoir l'inspirer en ces termes : *« La plupart des législateurs ont été des hommes bornés, que le hasard a mis à la tête des autres, et qui n'ont presque consulté que leurs préjugés et leurs fantaisies. Il semble qu'ils aient méconnu la grandeur et la dignité même de leur ouvrage : ils se sont amusés à faire des institutions puériles, avec lesquelles ils se sont, à la vérité, conformés aux petits esprits, mais décrédités auprès des gens de bon sens. Ils se sont jetés dans des détails inutiles ; ils ont donné dans les cas particuliers, ce qui marque un génie étroit qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale. Quelques uns ont affecté de se servir d'une autre langue que la vulgaire ; chose absurde pour un faiseur de lois. Comment peut-on les observer, si elles ne sont pas connues ? Ils ont souvent aboli sans nécessité celles qu'ils ont trouvées établies ; c'est-à-dire qu'ils ont jeté les peuples dans les désordres inséparables des changements. Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare ; et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante ... »*⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Christophe CARON, La main du législateur frénétique ne tremble plus, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2014, p. 1 ; Christophe CARON, Faut-il réformer la loi LCEN ?, Comm. com. électr. n° 6, juin 2008, p. 1, précité.

⁸⁴⁶ MONTESQUIEU, Les Lettres persanes, éd. présentée, établie et annotée par Jean STRAROBINSKY, éd. Gallimard, 1973 ; 2003 pour la présente édition, (Lettre CXXIX), p. 279-280.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

AUDIT Bernard,

- Droit international privé, Economica, 2^e éd. 1997, n° 415

AYMÉ Marcel,

- Le passe-muraille, « Les Sabines », Paris, Gallimard 1961

BACACHE-GIBELI Mireille,

- Traité de droit civil. Les obligations : La responsabilité civile extracontractuelle (Dir : Christian Larroumet), 2^e éd., t 5, éd. Economica 2012

BASTID Suzanne,

- Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets, Paris, éd. Economica, Coll. Droit international, 1985

BLAISE Jean Bernard,

- Droit des affaires : commerçant, concurrence, distribution, Paris, 7^e éd., L.G.D.J, 2013

BRETON André,

- Poisson soluble (1924), éd. Gallimard, coll. Poésies, 1996,

BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie,

- Droit civil : Introduction, biens, personnes, famille, 17^e éd. Dalloz 2011

CACHARD Olivier,

- Droit du commerce international, L.G.D.J 2008

DAVERAT Xavier,

- Droit de la propriété littéraire et artistique, coll. Lexifac droit, Bréal 2011

DE LACHARRIÈRE Guy,

- La politique juridique extérieure, Paris, éd. Economica, 1983

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et BLARY-CLEMENT Édith,

- Droit commercial : activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 10^e éd. Montchrestien 2010

DEMOGUE René,

- Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique, éd. La mémoire du droit 2001, Réimpression de l'édition de 1911

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis,

- Droit pénal général, 6^e éd. Economica 2009

DIDIER Paul et DIDIER Philippe,

- Droit commercial : Les sociétés commerciales, t 2, éd. Economica, 2011

DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude,

- Droit matériel de l'Union européenne, Paris, Montchrestien Lextenso éditions, 6^e éd., 2012

GARRAUD René,

- Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. 1, Paris, 3^e éd., Sirey 1913

Groupe Revue fiduciaire,

- TVA dans les opérations internationales, Coll. Les guides de gestion RF (Dir Yves De La VILLEGUÉRIN) Dalloz 2013

FABRE-MAGNAN Muriel,

- Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral, Coll. Thémis droit, 3^e éd. PUF, 2012

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et a.,

- Droit des libertés fondamentales, 6^e éd. Dalloz 2012, Paris

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric,

- Droit civil : Les obligations. 1- L'acte juridique, 15^e éd. Dalloz Sirey 2012

GAUMONT-PRAT Hélène,

- Droit de la propriété industrielle, 2^e éd. Litec, 2009

GAUTIER Pierre-Yves,

- Propriétaire littéraire et artistique, 8^e éd. PUF, 2012

GHESTIN Jacques,

- Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat, L.G.D.J., 3^e éd., 1993

GUTMANN Daniel,

- Droit fiscal des affaires, Montchrestien Lextenso éditions, Paris 2012,

GUYON Yves,

- Droit des affaires : Droit commercial général et sociétés, t 1, 12^e éd., Economica, 2003

JEANDIDIER Wilfrid,

- Droit pénal des affaires, 5^e éd. Dalloz, 2003, n° 165

LEGEAIS Dominique,

- Droit commercial et des affaires, 20^e éd. Sirey Dalloz, Paris, 2012

MARINO Laure,

- Droit de la propriété intellectuelle, Coll. Thémis, éd. PUF 2013

MESTRE Jacques et PANCRAZI Marie-Ève,

- Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international, 28^e éd. L.G.D.J, 2009

MONTESQUIEU,

- Les Lettres persanes, éd. présentée, établie et annotée par Jean STRAROBINSKY, éd. Gallimard, 1973 ; 2003 pour la présente édition, (Lettre CXXIX), p. 279-280.

POLLAUD-DULIAN Frédéric,

- Propriété intellectuelle – La propriété industrielle, éd. Economica 2011

- Le droit d'auteur, éd. Economica 2005

REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe,

- Fonds de commerce, 2^e éd. Dalloz, Paris 2011.

REINHARD Yves, THOMASSET-PIERRE Sylvie, NOURISSAT Cyril,

- Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 8^e éd. LexisNexis 2012

ROUX Jean-André,

- Cours de droit criminel français, Paris, 2^e éd., Sirey, 1927, t. 2,

TRAVERS Maurice,

- Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, Paris, Sirey 1920, t. 1

VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, GHESTIN Jacques (Dir.),

- Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité, 3^e éd. L.G.D.J, 2006

VIVANT Michel et BRUGUIÈRE Jean-Michel,

- Droit d'auteur et droits voisins, 2^e éd. Dalloz, 2012

VOGEL Louis,

- Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique, 19^e éd. L.G.D.J, 2010

II- OUVRAGES SPÉCIAUX

BITAN Hubert,

- Droit des créations immatérielles : logiciels, bases de données, autres œuvres sur le web 2.0, éd. Lamy 2010

BILON Jean Louis,

- Fiscalité du numérique, éd. Litec 2000

BOCHURBERG Lionel,

- Internet et commerce électronique, 1^{re} éd. Delmas 1999

CASTETS-RENARD Céline,

- Droit de l'internet : droit français et européen, 2^e éd. Montchrestien Lextenso éditions 2012

CATALA Pierre,

- Le droit à l'épreuve du numérique : Jus ex machina, éd. PUF 1998

DESGENS-PASANAU Guillaume et FREYSSINET Éric,

- L'identité à l'ère du numérique, éd. Dalloz 2009

DRAETTA Ugo,

- Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, Bruylant, Coll. Feduci, 2003

FAUCHOUX Vincent, et DEPREZ Pierre,

- Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages, éd. Litec 2008

FÉRAL-SCHUHL Christiane,

- Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet, 6^e éd. Dalloz 2010

GILLE Laurent,

- Les dilemmes de l'économie numérique : La transformation des économies sous l'influence de l'innovation, FYP éditions 2009

HUET Frédéric,

- La fiscalité du commerce électronique, éd. Litec 2000

LANGLOIS Marc et GASCH Stéphane,

- Le commerce électronique B to B. – De l'E.D.I. à Internet, Paris, 2^e éd. Dunod, coll. Internet et professionnel, 2001

LARRIEU Jacques,

- Droit de l'internet, 2^e éd. Ellipses, 2010

MALLET-POUJOL Nathalie,

- La création multimédia et le droit, Litec, 2^e éd. 2003

QUÉMÉNER Myriam et PINTE Jean-Paul,

- Cybersécurité des acteurs économiques : risques, réponses stratégiques et juridiques, éd. Hermès science 2012

ROUSSEL Josse,

- Vers l'entreprise numérique, éd. Gualino éditeur, EJA – Paris, 2005

VERBIEST Thibault,

- Le nouveau droit du commerce électronique : La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, Bruxelles : Larcier, LGDJ 2005

VIVANT Michel,

- Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999

VIVANT Michel et a.,

- Le Lamy droit du numérique 2014

VIVANT Michel et MAFFRE-BAUGE Agnès,

- Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux, éd. Les notes de l'IFRI 2002

WAUTELET Michel,

- Les cyberconflits : Internet, autoroute de l'information et cyberspace : quelles menaces ?, Coll. Les livres du GRIP, éd. GRIP – Complexe 1998

III- THÈSES ET MÉMOIRES

AMBLARD Philippe,

- Régulation de l'internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif, éd. Bruylant, Belgique, 2004

AYEWOUADAN Akodah,

- Les droits du contrat à travers l'internet, Thèse, éd. Larcier, Bruxelles 2012

BERGEAUD Aurélie,

- Le droit à la preuve, Thèse Bordeaux, LGDJ 2010

BRUNAUX Geoffray,

- Le contrat à distance au XXI^e siècle, Thèse Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines 2009, L.G.D.J. 2010

CACHARD Olivier,

- La régulation internationale du marché électronique, Thèse Paris II 2001, éd. L.G.D.J 2002

CAPDEPON Yannick,

- Essai d'une théorie générale des droits de la défense, Thèse Bordeaux 2011, Dalloz 2013

CHILSTEIN David,

- Droit pénal international et lois de police : Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire, Thèse Paris I, éd. Dalloz 2003

DUBOS Bruno,

- Essai sur la notion de fonds de commerce électronique, Thèse Toulouse 2008

DUSOLLIER Sévérine,

- Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres, Thèse Facultés Universitaires Notre Dame de la paix de Namur, 2004, éd. Larcier 2007

EL BADAWI Lamia,

- Les mutations du droit sous l'influence du commerce électronique, Thèse Paris I, 2007

FONTAINE-EVEN Marie,

- Le droit international public à l'épreuve du cyberspace mondialisé, Thèse Bordeaux 2003

JOLY-PASSANT Élisabeth,

- L'écrit confronté aux nouvelles technologies, Thèse Montpellier, L.G.D.J 2006

KABRE Windpagnangde Dominique,

- La conclusion des contrats électroniques : Étude de droits africains et européens, Thèse, éd. L'Harmattan 2013

LAGARDE Xavier,

- Réflexion critique sur le droit de la preuve, Thèse Paris I, LGDJ 1994

LEBOEUF Cécile,

- La TVA et le commerce électronique, Mémoire DESS, Bordeaux, 2002

MANARA Cédric,

- Le droit des noms de domaines, Thèse Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines 2011, Coll. IRPI n° 39, éd. LexisNexis, 2012

PARTY Bertrand,

- La notion d'établissement stable, Thèse Nice 2004

PRÈS Xavier,

- Les sources complémentaires du droit d'auteur français : Le juge, l'administration, les usages et le droit d'auteur, Thèse 2003, Aix-Marseille, Presse universitaires d'Aix-Marseille 2004

SAINTOURENS Bernard,

- Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial, Thèse Bordeaux 1986

SEIDOWSKY Oswald,

- Le fonds de commerce numérique, Thèse Paris II, 2006

SENÉCAL François,

- L'écrit électronique, Thèse Montréal 2009, éd. Yvon Blais, 2012, Québec,

ZOLYNSKI Célia,

- Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, Thèse Panthéon Assas 9 déc. 2005, Dalloz 2007

IV- ARTICLES ET CHRONIQUES

ALBRIEUX Sandrine,

- La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique, *Légipresse* avr. 2005, n° 220, II, p. 40-46

ALMA-DELETTRE Sophie,

- Distribution en ligne, *JCP E*, n° 5, 4 févr. 2010, p. 22.

ANCEL Marie Elodie,

- Un an de droit international privé, *Comm. com. électr.* n° 1, janv. 2011, chron. 1
- Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique, in *RLDI* 2010/63, n° 2097

AUBERT DE VINCELLES Carole,

- Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d'« activité dirigée », in *Rev. des contrats*, 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 511

AYNÈS Laurent,

- Présentation générale de la réforme, *D.* 2006, p. 1289-1290

AZZY Tristan,

- Contrefaçon de marque, (Note sous arrêt de la CJUE du 19 avril 2012), D. 2012, n° 1926

BACACHE Mireille,

- Les nouveaux défis de la responsabilité : l'article 15 de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ? in Les nouveaux défis du commerce électronique, (dir. Judith FOCHFELD), LGDJ 2010, p. 31 et s.

BAHANS Jean-Marc,

- Conditions et effets de l'immatriculation en France des sociétés étrangères, in Bulletin Joly sociétés, 1^{er} mars 2002, n° 3, p. 406-410

BALSANO Anna Maria,

- Un instrument juridique international pour le cyberspace ? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique, in Les dimensions internationales du droit du cyberspace, coll. Droit du cyberspace, éd. UNESCO – Economica, 2000, p. 159 et s.

BARBRY Éric,

- Le droit de l'internet est devenu au fil des années un « droit spécial », Gaz. Pal., 23 oct. 2010, n° 296, p. 14

BARIATTI Stefania,

- Internet : aspects relatifs aux conflits de lois, in Le droit au défi d'Internet : Actes du Colloque de Lausanne, Genève, Librairie Droz, 1997, p. 64-65

BEAUCHARD Jean,

- L'offre dans le contrat électronique, in Le contrat électronique au cœur du commerce électronique : Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial, (Études réunies par Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE), L.G.D.J. 2005, p. 39

BENAYOUN Georges David,

- Problèmes fiscaux liés au commerce électronique, LPA 20 juin 1997, p. 5 et s.

BENSAMOUN Alexandre et ZOLYNSKI Célia,

- La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle, D. 2011, p. 1773

BERGÉ Jean-Sylvestre,

- La résolution des conflits de lois, in Le droit international de l'internet (Dir. Georges CHATILLON), Bruylant, Bruxelles 2002, p. 517

BERNAULT Carine,

- Informatique en nuage et données personnelles : quand l'informatique est dans les nuages, les données personnelles s'envolent !, RLDI 2012/78, n° 2016

BITAN Hubert,

- Le site de commerce électronique : approche technique et juridique, Gaz. Pal. 2000 (16 avr. 2000, n° 107), III, doctr., p. 687-694

BLAISE Jean-Bernard,

- Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec 2000, p. 585-611

BLANC-JOUVAN Guillaume,

- Le droit d'auteur face au téléchargement, in La communication numérique, un droit, des droits (Dir. Bernard TEYSSIÉ), éd. Panthéon Assas, 2012, p. 227-228

BOU KHATER Christiane,

- Nom de domaine dans la sphère de la propriété littéraire et artistique ?, RLDI 2006/16, n° 484

BOULIN François-Xavier et LE CLAINCHE Julien,

- Prestataires de services Internet : fondements d'une responsabilité, note sous TGI Strasbourg, 19 mai 2005, RLDI nov. 2005, p. 27-29

BOURRIE-QUENILLET Martine,

- Les aspects juridiques de la création d'un site de commerce électronique, Comm. com. électr., 2000, n° 6, chron. 12

BOUTELLIS Olivier,

- Les nouveaux horizons de la politique fiscale dans la société globale de l'information, Revue de droit fiscal 2000, n° 7, p. 322-333 ;
- L'avenir de la notion d'établissement stable à l'ère de l'entreprise virtuelle : évolution ou révolution ?, in L'entreprise virtuelle, Colloque Paris I, LPA 20 janv. 1999, p. 25-31

BROUSSARD Marie-Alix,

- La distinctivité, condition de protection du nom de domaine, RLDI 2005/10, n° 275

BRUGUIÈRE Jean-Michel,

- Loi « sur la protection de la création sur Internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ?, D. 2009, p. 1770

BRUGUIÈRE Jean-Michel et GILLET Emmanuel,

- Litiges de propriété intellectuelle. L'apport de la Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011, JCP E 2011. 1663

BRÜNING Angela,

- La reconnaissance de principe du nantissement de noms de domaine, Comm. com. électr. mars 2000, p. 5

CACHARD Olivier,

- Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation, in RLDI 2010/63, n° 2098 ;
- Définition du commerce électronique et loi applicable, in Les journées du Cejem, 3 juin 2004, Comm. com. électr., sept. 2004, étude 31, p. 53 et s.
- Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, RLDC, sept. 2004, n° 314

CALAIS-AULOIS Jean,

- L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTD com. 1998. 115

CAPELLER Wanda,

- Un net pas très net. Réflexion sur la criminalité virtuelle, Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p.167-185

CAPRIOLI Éric,

- Paris en ligne, Comm. com. électr. n° 7-8, juillet-août 2010, n° 79, p. 39-43
- Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel, in Comm. com. électr. févr. 2005, étude n° 7, p. 24-32 ;
- Démarches juridiques pour l'ouverture d'un site sur l'internet, in Droit et patrimoine, n° 76, novembre 1999, p. 42-45 ;
- Sécurité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification, JCP G 1998, I, p. 583
- Contribution à la définition d'un régime juridique pour la conservation des documents : du papier au message électronique, DIT, 1993, III, p. 5, norme ISO 2382/IV-1974

CARON Christophe,

- La main du législateur frénétique ne tremble plus, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2014, p. 1 ;
- Places de marché en ligne : l'harmonie des jurisprudences française et de l'Union européenne, Comm. com. électr. Juill-août 2012, comm. n° 74 ;
- Intronisation du nom de domaine dans le panthéon des droits fondamentaux, Comm. com. électr. juill.-août 2008, n° 7, Comm. 88 ;
- Faut-il réformer la loi LCEN ?, Comm. com. électr. n°6 juin 2008, p. 1 ;
- De la qualification du jeu vidéo et des créances, note sous CA Paris, 3^e ch., sect. B, 20 sept. 2007, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2008, comm. 51
- Condamnations de cyber-contrefacteurs ordinaires fêrus de peer to peer, Comm. com. électr. 2004, comm. 86

CASTETS-RENARD Céline,

- Le formalisme informatif en droit européen du commerce électronique, RLDI déc. 2012, n° 2932, p. 6-10 ;
- Hébergement et contrefaçon en ligne : clarification du droit de la responsabilité sur l'internet, D. 2012, n° 2075 ;

- Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, D. 2012, p. 827
- La vente en ligne de produits cosmétiques dans la distribution sélective : il est interdit d'interdire !, RLDI 2011/77, n° 2554 ;
- Publication du décret d'application relatif à la conservation et à la communication des données d'identification à la charge des prestataires techniques : enfin !, RLDI 2011/70, n° 2323 ;
- Revirement de l'arrêt Tiscali et confirmation de la qualité d'hébergeur pour Dailymotion, RLDI 2011/69, n° 2258 ;
- Systèmes AdWords : Google n'est ni contrefacteur, ni complice d'actes de contrefaçon, RLDI 2010/61, n° 1919 ;
- Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée, Defrénois, 30 oct. 2006, n° 20, p. 1529 ;
- Proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome II) : Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle, D. 2006, p. 1522

CATALA Pierre,

- Le formalisme et les nouvelles technologies, Defrénois 15 août 2000, n° 15-16, p. 897

CAYE Pierre,

- La condition immatérielle du monde et la question du droit, in Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p. 225-232

CERVETTI Pierre-Dominique,

- Pour un droit pédagogique : l'adaptation du droit à son public, in Dossier spécial « Hadopi », RLDI n° 67, janv. 2011, p. 75-78

CHABOT Gérard,

- La cyberjustice : réalité ou fiction ?, D. 2003, n° 34, Doctr. I 59, p. 2322

CHABERT Cyril,

- Franchise et site Internet : le multicanal est à l'honneur : Comm. com. électr., juin 2006, n° 6, comm. 98, p. 35

- La période des soldes sur Internet : Comm. com. électr., mai 2006, n° 5, comm. 80, p. 29-31

CHAMOUX Jean-Pierre,

- Internet : vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et lex mercatoria, in Mélanges Philippe KAHN, Litec 2000, p. 281-297

CHARDEAUX Marie-Alice,

- Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité, Comm. Com. électr. n° 5, mai 2011, étude 10

CHARFEDDINE Mohamed Kamel,

- L'écrit, une preuve à l'épreuve, in Études offertes à Jacques GHESTIN : Le contrat au début du XXI^e siècle, L.G.D.J 2001, p. 217-234

CHAZAL Jean Pascal,

- L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique » Rev. des contrats, 1^{er} juill. 2004, n° 3, p. 621

CHOPIN Frédérique,

- Téléchargement illégal et Hadopi, AJ Pénal 2012, p. 258

COHEN Miriam,

- L'affaire DELL, qu'en-est-il de l'erreur sur le prix, Lex electronica, vol. 12, n° 2, 2007, disponible sur www.lex-electronica.org

COLLARD Christophe et ROQUILLY Christophe,

- Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implication en droit communautaire de la concurrence, LPA, n° 67, 3 avr. 2002, p. 4-12

COLOMB Pierre,

- La clientèle du fonds de commerce, RTD com. 1979, p. 1

COSTES Lionel,

- Offre en ligne de CD comprenant des chansons sans l'accord de leur auteur : quid de la compétence territoriale ?, Note sous Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, RLDI mai 2012, n° 82 ;
- Vers un élargissement du champ d'action de la Hadopi, RLDI n° 77, déc. 2011, p. 3

DAMMANN Reinhard,

- La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée, D. 2006, p. 1298-1300

DAMMANN Reinhard et ALBERTINI André,

- L'arrêt Interedil de la CJUE : notion de centre des intérêts principaux, JCP E n°19-20, du 11 mai 2012, p. 25-32, n° 1309

DAUVERGNE Florence,

- Atteinte à un droit sur Internet, quelle compétence, disponible sur le site Nomosnetcom.fr, consulté le 10 mars 2013

DAVERAT Xavier,

- Un an de droit de la musique, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2014, étude 4, p. 26

DE HAAS Charles,

- L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée, LPA, n° 226, 13 nov. 2001, p. 4-15

DEBET Anne,

- La responsabilité de plein droit du vendeur à distance et le retard de livraison, Comm. com. électr., déc. 2013, comm. 124, p. 26 ;
- Affaire Google Street View : une sanction exemplaire..., mais quelle suite ?, Comm. com. électr. janv. 2011, étude 1, p. 7-12 ;
- Application d'une règle spéciale issue du Code du tourisme dans l'hypothèse d'une vente de « vol sec » sur Internet, Comm. com. électr., n° 7, juill. 2009, comm. 66 ;
- *Generalia specialibus non derogant* : un adage de droit romain appliqué au commerce électronique, Comm. com. électr., n° 6, juin 2008, comm. 79 ;

- Les dispositions du Code de la consommation relatives au droit du commerce et des communications électroniques modifiées par la Loi Chatel, Comm. com. électr. 2008, n° 40 ;
- Les chartes et autres usages du droit de l'internet, Cah. Dr. Entr. 2008/4, n° 40, p. 48

DEMOULIN Marie,

- Les contrats conclus par les mineurs sur Internet, in Les pratiques du commerce électronique, Cahiers du CRID, n° 30, Bruylant, Bruxelles 2007, p. 53-93, spéc. p. 55-56

DERIEUX Emmanuel,

- Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet : Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?, JCP G 2012, 386

DERRUPPÉ Jean,

- Fonds de commerce et clientèle, Études offertes à M. JAUFFRET, Presse Universitaire Aix-Marseille 1974, p. 231 ;
- Clientèle et achalandage, Écrits en l'honneur de M. Jean SAVATIER, PUF 1992, p. 167

DESGORCES Richard,

- Notion de fonds de commerce et Internet, Comm. com. électr., mars 2000, chron. 6, p. 14-15

DESURMONT Thierry,

- Le régime de la copie privée, Comm. com. électr., nov. 2006, étude 28, p. 18

DEUMIER Pascal,

- Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, dans Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2008, p. 337 et s.

DEUMIER Pascal et RACINE Jean-Baptiste,

- Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle, Rev. des contrats, 1^{er} oct. 2008, n° 4, p. 1309

DECOCQ Georges,

- L'incidence du commerce électronique et de la concurrence, in Le contrat électronique : au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ? : (Journées d'études du 10 mars 2005 et du 18 mars 2004), LGDJ 2005, p. 197-208

DERIEUX Emmanuel,

- Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet : Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?, JCP G 2012, 386
- Internet et responsabilité, LPA 11 juillet 2008, n° 139, p. 7

DERRUPÉ Jean,

- Fonds de commerce et clientèle, Études offertes à M. JAUFFRET, 1974, p. 231 ;
- Clientèle et achalandage, Écrits en l'honneur de M. Jean SAVATIER, PUF 1992, p. 167.

DIEHL Alexandre,

- L'ouverture du marché des jeux et paris : rien ne va plus..., Expertises oct. 2009, doctr., p. 333-336 ;
- Les soldes sur Internet : quel est le régime applicable ?, Journal du Net, 24 janv. 2008, disponible sur le site : www.journaldunet.com

DIENY Emmanuel,

- Vente par Internet, vente hors réseau : un aperçu des décisions 2008, JCP E 2009, n° 1592

DOUVIER Pierre-Jean,

- Résidence de l'entreprise : L'établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne, LPA, n° 97, 15 mai 2002, p. 30-33

DREYER Emmanuel,

- La responsabilité des internautes et éditeurs de sites à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Légipresse 2004, n° 214, chron. p. 91

DREYFUS Nathalie,

- Récupération d'un nom de domaine : procédure judiciaire ou extrajudiciaire ? Le choix de la SNCF, RLDI 2011/68, n° 2119
- La défense des droits de marque face aux nouvelles extensions de noms de domaine, Comm. com. électr. mai 2009, n° 5, Étude 11, p. 11-13

EDELMAN Bernard,

- La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché, D. 2011, chron. n°13, 31 mars 2011, p. 898-899

ERCOLANI Émilien,

- Le fisc demande 200 millions d'euros à Amazon, www.linformaticien.com, 13 nov. 2012 (Journal en ligne L'informaticien)

FALLON Marc et MEEUSEN Johan,

- Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, in Rev. Crit. DIP 2002, p. 435

FARJAT Gérard,

- La notion de droit économique : Arch. Phil. Droit, tome 37, Droit et économie, Sirey, 1992, p. 57

FAVOREU Louis,

- Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, Colloque International de l'Île Maurice, 29 sept.-1^{er} oct. 1993, éd. Aupelf-Uref, 1994, p. 48

FÉRAL-SCHUHL Christiane,

- La mise en application des décisions de justice, in Le droit international de l'internet (Dir. Georges CHATILLON), Bruylant Bruxelles, 2002, p. 539-560

FERNANDEZ Pascal,

- Conception de site web et propriété intellectuelle, LPA 2001, n° 145, p. 5-7

FERRIER Didier,

- La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006, p. 2594 ;
- La distribution sur l'Internet, JCP E 2000, Cah. dr. entr., Supplément n° 2, p. 14-17 ;
- La preuve et le contrat, in Mélanges Cabrillac, Dalloz Litec 1999, p. 109

FILIOLE DE RAIMOND Marina,

- Fonds de commerce, RLDA, n° 64, oct. 2011, n° 3648, p. 28

FISCHER John,

- Computers as agents : A proposal approach to revised U.C.C. article 2, Indiana L. J., 72, 1997,

FOURGOUX Jean-Louis,

- Assouplissement de la distribution Internet des produits cosmétiques, D. 2007, p. 2209 ;
- Le Conseil de la concurrence soude les nouvelles techniques de distribution à la vente traditionnelle, RLDI 2006/22, n° 693

FRISON-ROCHE Marie-Anne,

- L'immatériel à travers la virtualité, in Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p. 140

GALLOIS-COCHET Dorothée,

- Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME, JCP E 2009, n° 1407

GAUBIAC Yves,

- La responsabilité des fournisseurs de logiciels dans la diffusion illégale des œuvres et autres prestations protégées, Comm. com. électr. nov. 2006, étude 34

GAUDEMET-TALLON Hélène,

- Droit international privé de la contrefaçon : aspects contractuels, D. 2008, chron., p. 735

GAUTIER Pierre-Yves,

- Du contrat de dépôt dématérialisé : L'exemple du « cloud computing », in La communication numérique, un droit, des droits (Dir. Bernard TEYSSIÉ), éd. Panthéon Assas, 2012, p. 157 ;
- De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs Internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile), D. 2011. 2054, point de vue ;
- formation du contrat : un code, deux régimes, Rev. des contrats 2005/4, p. 589-592

GEIGER Christophe,

- « HADOPI », ou quand la répression devient pédagogique : Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux « de pair à pair », D. 2011, p. 773

GOLA Romain,

- Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne : vers un mode approprié de résolution des conflits ?, RLDI 2014/104, n° 3479

GOMEZ Jean-Jacques,

- Réflexion sur l'évolution jurisprudentielle, in Le droit international de l'internet (Dir. Georges CHATILLON), Bruylant Bruxelles, 2002, p. 562

GRÉGOIRE Stéphane,

- Le décret du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Premières lectures d'un décret attendu six ans..., RLDI 2011/70, n° 2324

GRUA François,

- La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage, RTD civ. 1994, n° 1, p. 1-10

GRYMBAUD Luc,

- Loi « Hamon » : une transposition d'importance, RLDI n° 103, avr. 2014 ;

- La preuve littérale – Dispositions générales – Écrit électronique, JurisClasseur Civil, Art. 1316 à 1316-4, 01, 2011 (19 déc 2011) ;
- Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation), RLDI 2011/67, n° 2200 ;
- Preuve par écrit électronique non sécurisée d'une inscription de créance, Comm. com. électr. mars 2006, Comm. n° 48, p. 35 ;
- Les équivalents électroniques des écrits exigés ad validitatem, Comm. com. électr. sept. 2005, comm. 139
- LCEN. Une immunité relative des prestataires de service internet, Comm. com. électr., sept. 2004, études 28, p. 39 ;
- Loi « confiance dans l'économie numérique : une version définitive proche de la version originale de la Directive « commerce électronique, Comm. com. électr. juin 2004, comm. 78, p. 38 ;
- Erreur d'étiquetage informatique : nullité de la vente », Comm. com. électr. janv. 2004, comm. 7, p. 33 ;
- Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D. 2003, p. 1706 et s.

GUÉVEL Didier,

- Contrats et obligations - Actes sous seing(s) privé(s) – Règles générales, Jurisclasseur 12 mars 2012, 3, 2012 Art. 1322 à 1324, fasc. 139

HASSLER Théo,

- Œuvre multimédia : vers une qualification plus complexe, mais plus fine que précédemment, RLDI 2009/52, n° 1739, p. 100
- Qualification du multimédia : plaidoyer pour une méthode de qualification, Comm. com. électr., nov. 2000, chron. 21, p. 10-11 ;

HUET André,

- Le droit pénal international, LPA 10 nov. 1999, n° 224, p. 39

HUET Jérôme,

- Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique, RLDI 2010, n° 2100 ;

- Vous avez dit « contrats électroniques » ?, Rev. des contrats, 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 553 ;
- Le Code civil et les contrats électroniques, in 1804-2004 : Le Code civil : un passé, un présent, un avenir, D. 2004, p. 539-559 ;
- Le contrat plongé dans l'« économie numérique », Rev des contrats, 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 533 ;
- Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 508 ;
- Le droit applicable dans les réseaux numériques, in Le droit international de l'internet (Dir : Georges CHATILLON), Bruylant Bruxelles, 2002, p. 76 ;
- Preuve et sécurité juridique en cause dans l'immatériel, Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p. 166

HUGON Christine,

- La responsabilité des acteurs de l'internet dans la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats, Conc. cons., n° 11, nov. 2004, p. 7

JACQUES Laurent,

- L'authenticité de l'acte authentique électronique, Comm. com. électr. janv. 2003, Chron. 1, p. 11

JEANTIN Michel,

- Biens de l'exploitation, Jurisclasseur entreprise individuelle, fascicule 1060, actualisé par N. REBOU

Journal Le Parisien,

- Premières arnaques aux médicaments en ligne, 7 août 2013, disponible sur le site www.leparisien.fr

Journal Le Monde,

- Vente de médicaments en ligne : un lancement dans la confusion, 26 août 2013, disponible sur le site www.lemonde.fr

Journal Le Point,

- Vente de médicaments en ligne : 11 sites déjà visés par une plainte, 07 août 2013, disponible sur le site www.lepoint.fr

JOLY Cathie-Rosalie,

- Les pharmaciens pourront vendre des médicaments sur Internet, 9 janv. 2013, sur le site www.droit-technologie.org

JOUBERT Nathalie,

- Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II), in Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Dir. Sabine CORNELOUP et Nathalie JOUBERT), Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, éd. Litec 2008, vol. 31, p. 66

JULIEN Jérôme,

- La langue française et le contrat, dans Libre Droit : Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU, Dalloz 2008, p. 465 et s.

KARAYAN Raphaële,

- L'Hadopi va-t-elle réussir à survivre ?, L'Express – L'Expansion, 15 avr. 2014, disponible sur www.lexpansion.lexpress.fr
- Rapport Lescure : Hadopi supprimée, mais son héritage reste intact, L'Express – L'Expansion, 13 mai 2013, disponible sur www.lexpansion.lexpress.fr ;

KDHIR Moncef,

- Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?, D. 1994, Chron., p. 30-33

KINIMOU René,

- Rejet d'actions en contrefaçon et en concurrence déloyale de marque et de site Internet pour défaut de distinctivité, d'originalité et de risque de confusion, RLDI 2008/42, n° 1383

KRUGER Hervé,

- Les nouveaux défis du droit fiscal : la fiscalité du téléchargement, in Les nouveaux défis du commerce électronique, (dir. Judith FOCHFELD), LGDJ 2010, p. 175-188

LACHIÈZE Christophe,

- Code de la consommation et Code du tourisme : conflit ou concorde ?, JCP G 2009, I, 145

LACKER Julien,

- Générique de fin pour « argus.fr » : le début de la cohérence pour les noms de domaine descriptifs ?, RLDI 2007/26, n° 839, p. 11 et s.

LAMETHE Didier,

- L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation, Revue des sciences morales et politiques, 1999, p. 305

LAMPE Anne-Sophie,

- De la difficile qualification des sites collaboratifs aux limites du statut d'hébergeur prévu par la LCEN, RLDI 2008/39, n° 1298 ;

LARDEUX Gwendoline,

- La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits (note sous l'arrêt Cass. com. 9 mars 2010, 123pneus.com), D. 2010, n° 1183

LARERE Brigitte,

- Condamnation à une peine d'amende avec sursis et au dédommagement des parties civiles limité au strict manque à gagner pour des actes de téléchargement illicites, RLDI 2007/25, n° 805

LARRIEU Jacques,

- Statut du nom de domaine : la jurisprudence tendrait vers un droit privatif sur un signe distinctif ?, Expertises nov. 2001, p. 382

LARRIEU Jacques, LE STANC Christian et TREFIGNY Pascale,

- Droit du numérique, D. 2011. 2363

LATINA Mathias,

- La contestation de la preuve littérale, Rev. des contrats, 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 127

LAUDE Anne,

- L'e-commerce des produits de santé : dimension internet, Gaz. Pal. Rec. Mars-avril 2002, p. 529-533

LAVENUE Jean-Jacques,

- Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis, in Revue de la recherche juridique, droit prospectif, n° 3, 1^{er} juillet 1996, in Revue de la recherche juridique Droit prospectif, presse universitaire d'Aix-Marseille, 1996, p. 811-844

LAZERGES Christine,

- Les mandats tacites, RTD Civ. 1975, 222, n°12

LE TOURNEAU Philippe,

- Pot pourri (Réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'internet), Comm. com. électr. janv. 2004, chron. 1, p. 11 ;

LE GAL Cécile,

- Médicaments en ligne, JCP E, n° 6, 5 févr. 2009, p. 27

LE GALL Jean-Pierre,

- Internet : cyber-fiscalité ou cyber-paradis fiscal, JCP E 1998, comm., p. 164-169

LE TOURNEAU Philippe,

- Les critères de la qualité de professionnel, LPA n° 181, 12 sept. 2005, p. 4-5

LEBEAU-MARIANNA Denise, et VERMYNCK Eve-Christie,

- Le passage au Cloud computing : une nécessaire coopération entre l'informatique et le juridique afin de ne pas rester dans les nuages !, RDLDI 2011/69, n° 2287 ;

LEBOIS Audrey,

- Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix, Contrats, conc., consom., octobre 2002, chron. 19, p. 8-12

LEFEBVRE Axel et MONTERO Etienne,

- Informatique et droit : Vers une subversion de l'ordre juridique ?, in Droit des technologies de l'information : Regard prospectifs, (Dir. Etienne MONTERO), Cahiers du CRID n° 16, éd. Bruylant Bruxelles, 1999, p. IX

LEPAGE Anne,

- Les paradoxes du formalisme informatif, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 597 et s.

LEROY Yann,

- La notion d'effectivité du droit, in Le rôle des administrations centrales dans la fabrication des normes, Rev. Droit et société, n°79, 2011/3, éd. Juridiques Associés p. 715-732

LINANT DE BELLEFONDS Xavier,

- La LCEN et le consensualisme, Rev. des contrats 2005/4, p. 592-596

LOISEAU Grégoire,

- L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, Droit et patrimoine, mars 2001, p. 59-63 ;
- La nature juridique du nom de domaine, in Droit des technologies avancées : Marques et noms de domaine de l'Internet, vol 8 – n° 1/2001, p. 129-146 ;
- Nom de domaine et Internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, chron., p. 245

LONGWORTH Elizabeth,

- Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective néo-zélandaise, in Les dimensions internationales du droit du cyberspace, coll. Droit du cyberspace, éd. UNESCO – Economica, 2000, p. 51 et s.

LUCAS André,

- Droit d'auteur et multimédia, in Mélanges en l'honneur de André Françon Dalloz, Dalloz 1995, p. 325

MAGNIER Véronique,

- Les sanctions du formalisme informatif, JCP G 2004, I, 106

MALAUURIE-VIGNAL Marie,

- Liens entre concurrence déloyale et consommateur, Contrats, conc., consom., janv. 2009, comm. 18, p. 27-28

MANARA Cédric,

- Responsabilité des hébergeurs : l'affaire est-elle dans le sac ? (note sous Cass. com. 3 mai 2012), D. 11 mai 2012 ; www.dalloz-actualite.fr ;
- Le droit du commerce électronique après l'arrêt Scarlet, RLDI janv. 2012, n° 78 ;
- Fournisseur d'accès : mise en place d'un système de filtrage (note sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet c/ Sabam), D. 2011, p. 2925 ;
- Bloquer le filtrage ! Une affaire critique des affaires Sabam, RLDI 2011/76, n° 2533, p. 84-93 ;
- Litiges internationaux sur Internet, (note sous arrêt Cass. com. 29 mars 2011), RLDI 2011/71, n° 2356 ;
- « Tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement », ainsi qu'enregistrer et utiliser des noms de domaine !, D. 2010, p. 2285 ;
- Distinction hébergeur/éditeur : une occasion manquée, note sous CA Reims 20 juill. 2010, D. 2010. 1932 ;
- Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 3 : La notification, outil de performance dans le commerce électronique, LPA n° 206, 15 oct. 2007, p. 3
- Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français, D. 2007, 1740 ;
- Le nom de domaine s'est-il trouvé un régime ?, Comm. com. électr. n° 7-8, juill.-août 2004, Étude 19, p. 9-12 ;
- Un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », note sous TI Strasbourg, 24 juill. 2002, D. 2003, jurispr., n° 2434 ;
- Risques encourus par les sites web à l'occasion de la diffusion de certaines informations nominatives, D. 2001, p. 2822

MARINO Laure,

- La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2), D. 2010. 164 ;
- Un an du droit des noms de domaine, Comm. com. électr. 2008, chron. n° 11 ;
- Le jeu vidéo devient complexe, RLDI 2009/52, n° 1735, p. 88 et s. ;
- Internet et concurrence déloyale, Comm. com. électr. n° 11, nov. 2007, p. 7-10

MARINO Laure et PERRAY Romain,

- Les nouveaux défis du droit des personnes, in Les nouveaux défis du commerce électronique, p. 55-70

MAS Florence,

- L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique, RLDI 2006/12 n° 367

MASCALA Corinne,

- Criminalité et contrat électronique, in Le contrat électronique, journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 113-119

MAZEAUD Denis,

- Droit commun du contrat et droit de la consommation, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 698-724 ;
- L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998. 95, p. 101 et s.

MEKKI Mustapha,

- Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique », Rev. des contrats 2007/3, p. 681-695

MENJUCQ Michel,

- Prépondérance de la loi d'immatriculation et nécessité d'un contrôle rapide et sûr de la constitution des sociétés, in RLDA 2009, n° 40 du 07/2009 ;
- Transfert international de siège social : état du droit positif, in JCP E 1999, n° 41, p. 1617

MERCOLI Sylvain,

- La notion d'établissement en droit privé : Esquisse d'une localisation des sujets de droit, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2003, p. 149-178 ;
- Incertitudes sur la date des actes sous seing privé (de l'écrit sur support papier à l'écrit électronique), *JCP N* 2001, 44

MESTRE Jacques,

- Obligations et contrats spéciaux, *RTD. Civ.*, 1993, p. 343

MIRAT Éléonore et BOIRON Patrick,

- La loi HADOPI : beaucoup de bruit pour rien ?, *RLDI* 2009/51, n° 1702 ;

MONÉGER Joël,

- Rapport de synthèse : Le fonds de commerce : mythes et réalités (Colloque de l'Association des avocats spécialistes en propriété commerciale) *AJDI*, Déc. 2001, Études, p. 1078

MONTANIER Jean-Claude,

- Les actes de la vie courante en matière d'incapacité, *JCP G* 1982, I, 3076 ;

MOZAS Philippe,

- Internet : l'État fait-il main basse sur le .fr ?, *LPA* 29 janv. 2008, n° 21, p. 5-11

NEAU-LEDUC Philippe,

- Le e-commerce ou l'entreprise dématérialisée, *RLDA*, n° 57, fév. 2011, p. 66-67

NETTER Emmanuel,

- Réflexion sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques, *RLDI* 2013/89, n° 2984

NEUMAYER Karl,

- Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, *Rev. crit. DIP*, 1957, p. 600

NOGUERO David,

- L'acceptation dans le contrat électronique, in Le contrat électronique au cœur du commerce électronique : Le droit de la distribution, droit commun ou droit spécial, (Études réunies par Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE), LGDJ 2005, p. 52

NOURRISSAT Cyril,

- Lois de police étrangère devant le juge français du contrat international : une première sous l'empire de la convention de Rome et peut-être pas une dernière sous l'empire du règlement de « Rome I »..., note sous Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, in RLDA juill. 2010, n° 51 ;
- Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux, Defrénois, 15 nov. 2009, n° 19, p. 2017 ;
- Retour sur les lois de police en matière de contrat internationaux, note sous arrêt CA Rennes, 5 sept. 2005, RLDA 2006/10, n° 586

NURIT-PONTIER Laure,

- Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risque, D. 2009, p. 585-589

PANCRAZI Marie-Ève,

- D'utiles précisions sur les critères d'appréciation de la « direction d'une activité » vers un État membre, (note sous l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 décembre 2010), D. 2011, p. 990

PASSA Jérôme,

- Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur Internet, RLDI août 2010, n° 63 Supplément ;
- Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, in Comm. com. électr. mai 2005, étude 17, p. 11-20

PENNEAU Anne,

- La forme et la preuve du contrat électronique, in L'acquis communautaire : Le contrat électronique, (Dir. Judith ROCHEFELD), éd. Economica 2010, n° 6.52, p. 318 ;

- Contrat électronique et protection du cybercommerçant, LPA, 13 mai 2004, n° 96, p. 3-12 ;
- Contrat électronique : Du Code de la consommation au Code civil, LPA 13 mai 2004, n° 96, p. 3

PERRAY Romain,

- Les centres d'appel sous surveillance de la CNIL, RLDI 2007/31, n° 1034

PÉTEL-TEYSSIÉ Isabelle,

- Contrats et obligations - Actes sous seing privé synallagmatique – Formalité du double, Jurisclasseur, 8, 2003 Art. 1325, fasc. 140

PIEDELIEVRE Alain,

- Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, in Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle (Études réunies en l'honneur de Michel Juglart), L.G.D.J. 1986, p. 55-62.

PIERRET Christian,

- Pour un cadre réglementaire souple et léger, Droit et patrimoine, 1997, n° 55, p. 62 et s.

PIETTE-COUDOL Thierry,

- Fiabilité de la date et horodatage de l'article 1369-8 du Code civil, RLDI 2011/72, n° 2390 ;
- Signature du premier acte authentique électronique, RLDI nov. 2008, n° 43 ;
- Décrets 2005-972/973 : les notaires et les huissiers à la rencontre des actes authentiques électroniques, RLDI 2005 (article n° 251) oct. 2005, n° 9

PIRONON Valérie,

- Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux – contractuel et délictuel – du commerce électronique, JDI 2011. 915 ;
- Les nouveaux défis du droit international privé, in Les nouveaux défis du commerce électronique, (Dir. Judith ROCHFELD), L.G.D.J 2010, p. 99

PISANI Christian,

- L'acte dématérialisé, Arch. Phil. Droit, t. 43, 1999, p.153-161

PLAZY Jean-Marie,

- Les actes juridiques des majeurs protégés, in Mélanges Jean Hauser, LexisNexis-Dalloz 2012, 549

POIDEVIN Blandine et ARBUSA Audrey,

- Les enjeux contractuels du Cloud computing, Comm. com. électr. févr. 2011, n° 2, p. 2-3

POLLAUD-DULIAN Frédéric,

- A propos des conflits de juridictions en matière de contrefaçon par Internet, Gaz. Pal., 6 nov. 2008, n° 311, p. 5

POUILLET Yves,

- Contrats électroniques et théorie générale des contrats, in Liber amicorum Lucien Simont, Buxelles : Bruylant 2002, p. 467-478

PRIEUR Jean et COIFFARD Didier,

- Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL, JCP N, n° 51-52, 24 déc. 2010, p. 68

PRÜM André,

- L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance, in Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 255-277

RAVILLON Laurence,

- Le recours à la technique du « premier arrivé, premier servi » dans le droit des nouvelles technologies... ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques, JCP G 2000, n° 47, p. 2011-2016

RAYNOUARD Arnaud,

- Le droit de l'écrit électronique, LPA, 2 avr. 2001, n° 65, p. 15 ;
- Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Defrénois, 30 mai 2000, n° 10, p. 593

REVEL Janine,

- La coexistence du droit commun et de la loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux, RTD Com. 1999. 317

REVERDY Pierre-Marie,

- Un franchiseur peut exploiter un site Internet marchand concurrençant le franchisé sans qu'il s'agisse d'une atteinte à l'exclusivité territoriale prévue au contrat, comm. sous Cass. com. 14 mars 2006, JCP E, n° 23, juin 2006, n° 1902

ROCHFELD Judith,

- Commentaire de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, RTD civ. 2004, p. 581 ;
- Le contrat ?... si je veux !, RTD civ. 2001, p. 968-971

ROCQUES Sylvie,

- Le nom de domaine, un nouveau signe distinctif inquiétant pour les titulaires de marque : Propr. Industr. Juin 2002, p. 13-16 ;

ROJINSKY Cyril,

- Cyberspace et nouvelles régulations technologiques, D. 2001, chron., p. 844 et s.

ROJINSKY Cyril et TEISSONNIÈRE Guillaume,

- « L'encadrement du commerce électronique par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : Principes généraux », JCP G 2004, Actualité, n° 405, p. 1457-1459

RONZANO Alain,

- Clientèle et fonds de commerce, in La clientèle appropriée : Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique, éd. Litec 2004, p. 187-225

ROQUILLY Christophe,

- Réseaux de distribution et commerce électronique : proposition d'analyse juridique, in Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Litec 2002, p. 239-268

ROZENFELD Sylvie,

- Le paracommercialisme sur Internet : un phénomène qui menace les commerçants, Expertises mars 2008, p. 83

SAINT MARTIN Axel,

- Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le web, RLDI 2007/32, n° 1070

SARDAIN Olivier,

- Séisme pour le régime juridique des noms de domaine français, Comm. com. électr. n° 1, janv. 2011, p. 11-14 ;
- Arrêt Sunshine : éclairage sans éclaircie sur le régime des noms de domaine, RLDI 2009/51, n° 1662 ;
- Le nouveau régime d'attribution des noms de domaine français, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2007, p. 15-20

SAVARY Olivier et DUBUISSON Étienne,

- Un site Internet est-il un fonds de commerce ?, RLDA 2009/37, n° 2234

SCHNITZER Adolf,

- La loi applicable au contrat, Rev. crit. DIP, 1955, p. 459 et s.

SILVA Fernando,

- Vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique ?, droit-tic n°31, 1^{er} juill. 2004, p. 25-27, publié sur le site Internet de droit-tic, le 17 juill. 2004

SINGH Asim,

- Le streaming et la loi « création et Internet », RLDI 2009/50, n° 1660

SINGH Asim et ISRAEL Sylvia,

- Google Books, morceaux choisis, note sous TGI, 3^e ch., 2^e sect., 18 déc. 2009, RLDI 2010/57 n° 1877

SIRINELLI Pierre,

- La responsabilité des prestataires de l'internet : l'exemple des sites contributifs, RLDI/49, supplément mai 2009, n° 1645, p. 78-83

STOFFEL-MUNCK Philippe,

- La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords, note sous CJUE, 23 mars 2010, Comm. com. électr., sept. 2010, comm. 88 ;
- Contrat de construction de site et nom de domaine : Comm. com. électr., avr. 2004, comm. 30, p. 28-29 ;
- LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, Comm. com. électr., sept. 2004, étude 30.

STOFFEL-MUNCK Philippe et DECOCQ Georges,

- L'avènement du fonds de commerce électronique, Gaz. Pal., 04 juin 2009, n° 151-155, p. 52-63

SYNVET Hervé,

- Société, in répertoire du droit international (Dalloz), août 2004, p. 1-38

TABACA Benoît,

- Une année de droit de l'internet : le bilan jurisprudentiel 2006 (1^{re} partie), RLDI 2007/24, n° 801 ;
- Le spectre du paracommercialisme électronique, RLDI, n° 19, sept. 2006, n° 590, p. 66-71
- Retour sur les premières applications de la responsabilité de plein droit aux acteurs du commerce électronique, RLDI 2006/13, n° 380

TAFFOREAU Patrick,

- Les Lois « Hadopi » et la protection des droits d'auteur et droits voisins sur Internet, RLDI août 2011, n° 74, p. 112-117

TESSONNIÈRE Guillaume,

- Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus, RLDI 2008/35, n° 1165

THIOYE Moussa,

- De l'annulation d'une vente électronique pour lapsus calami ou erreurs matérielles d'étiquetage du prix, *Comm. com. électr.* mars 2004, p. 30-33

THOUMYRE Lionel,

- Les notions d'éditeur et d'hébergeur dans l'économie numérique, *D.* 2010, point de vue, p. 837 ;
- L'échange des consentements dans le commerce électronique, in *Lex electronica*, vol. 5, n° 1, 1999, disponible sur le site Juriscom.net

THUNIS Xavier,

- L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, *Mélanges Cabrillac*, éd. Litec 1999, p. 313

TREPPOZ Édouard,

- Internet et le critère de la direction de l'activité de l'article 15 du règlement n° 44/2001/CE, in *Rev. des contrats*, avr. 2011, n° 2, p. 567

TRUDEL Pierre,

- La responsabilité dans le cyberspace, in *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, coll. *Droit du cyberspace*, éd. UNESCO – Economica, 2000, p. 237

VANHAELEN Frédérique et VERBIEST Thibault,

- Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile, *Comm. com. électr.*, juill.-août 2000, chron. 13, p. 11

VARET Vincent,

- Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, œuvres multimédias (CPI, art. L. 112-2), *Jurisclasser Civil annexe, Voire Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1165, 5 févr. 2008

VERBIEST Thibault,

- Internet et fiscalité directe : les nouvelles règles, *Expertises déc.* 2001, p. 422-424
- TVA et commerce électronique : quelles règles appliquer ?, *Expertises août-sept.* 2001, p. 295-297

- Un tour d'horizon en droit belge et en droit européen, Expertises 2000, p. 416 ;
- Responsabilité de plein droit du cybervendeur : un régime applicable ?, disponible sur : www.droit-technologie.org

VERBIEST Thibault et CUIGNET Patrick,

- Vers une évolution de la législation française sur la vente de médicaments en ligne, 26 avr. 2010, disponible sur le site www.droit-technologie.org

VERBIEST Thibault et LE BORNE Maxime,

- Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?, Gaz. Pal., 23 oct. 2002, n° 296, p. 21-26

VIVANT Michel,

- Le contrat plongé dans l' « économie numérique », in Rev. des contrats 2005/4, p. 533-553 ;
- L'investissement rien que l'investissement, à propos des arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 2004, RLDI, n° 3, mars 2005, p. 41 ;
- La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions, et hésitations, Liber amicorum Calais-Aulois : Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 1151-1168
- Le commerce électronique, défi pour le juge, D. 2003, 674

WENGLER Wilhelm,

- L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, Rev. crit. DIP, 1990, p. 657-674

WERY Étienne,

- Distribution en ligne : 900 000 euros de pénalités pour avoir interdit à ses revendeurs de vendre en ligne, 17 déc. 2012, disponible sur le site www.droit-technologie.org;
- La Cour européenne de justice règle le sort des pharmacies en ligne, 1^{er} mars 2004, disponible sur le site www.droit-technologie.org

V- JURISPRUDENCE ET NOTES DE JURISPRUDENCE

1- Cours de cassation

Cass. Ass. Plén. 24 avr. 1970, JCP G 1970. II. 16489

Cass. 1^{re} civ, 19 févr. 2013, Décision disponible sur le site Legalis.net

Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, D. 2012. 1005 ; RLDI mai 2012, n° 82, note L. Costes

Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, Nord-Ouest Production et a. c/ Dailymotion, Bull. civ. 2011, I, n° 30 ; www.juriscom.net

Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2011, Sté PMC Distribution c/ Sté vente-privée.com disponible sur www.legalis.net

Cass. 1^{re} civ, 22 sept. 2011, Contrats, conc. cons., janv. 2012, n° 27, obs. Raymond ; Gaz. Pal. 2012. 455, obs. Piedelièvre ;

Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, Bull. civ. I, n° 8 ; D. 2010, AJ 260, obs. C. Manara ; RLDI 2010/56, n° 1864, obs. Lionel Costes ; Comm. com. électr. 2010, n° 25, note Ph. Stoffel-Munck ; D. 2010, 260, note C. Manara, RTD com. 2010, 307, note F. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, RLDI 2010/65, n° 2151 ; arrêt disponible sur le site legifrance.gouv.fr

Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2010, Bull. civ. I, n° 244 ; JCP E 2011, n° 4, 1054, note G. Brunaux ; Comm. Com. électr. 2011, n° 36, obs. A. Debet ; Gaz. Pal. 2011. 802, Y. Lagorne-Labbe

Cass. 1^{re} civ. 5 mars 2009, Precom Ouest France Multimédia c/ Direct Annonces, Arrêt disponible sur Legalis.net

Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, Sté Saint-Tropez A/S c/ Sté Reuven's II, Rev. crit. DIP 2009-3, p. 580, note E. Treppoz ; Comm. com. électr. janv. 2010, p. 17, chron. M.-E. Ancel

Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009, JCP G 2009, n° 38, p. 21, note G. Paisant

Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, Bull. civ., I, n° 73, JCP G 2008, II, 10081, obs. E. Putman ; Defrénois 2008, art. 1346, obs. R. Libchaber

Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-15., Sté Rue du commerce c/ Sté DABS et a., Contrats, conc., consom., janv. 2009, comm. 18, p. 27-28, note Marie MALAURIE-VIGNAL ;

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, Bull. civ. I, n° 186 ; D. 2007, AJ 1593, obs. I. Gallmeister, JCP 2007. II, n° 2344, note L. Leveneur ; Rev. des contrats 2007. 1147, note J.-S. Borghetti ; RTD civ. 2007. 580, obs. P. Jourdain

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 Sté Facet c/ FLCE, Bull. civ. I, n° 60

Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 107 ; D. 2004, p. 2524, note Léger N.

Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, Bull. civ. I, n° 26 ; Comm. com. électr. 2003, n° 11, p. 37, obs. Stoffel-Munck

Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2003, Comm. com. électr. 2003, comm. 80, note C. Caron

Cass. 1^{er} civ., 9 déc. 2003, Bull. civ. I, n° 245 ; JCP 2004, II, 10055, note Chabert C. ; RTD com. 2004, p. 254, obs. Pollaud-Dulian F. ; Rev. DIP 2004, p. 632, note Cachard O. ; Comm. com. électr. 2004, comm. 40, obs. Caron C.

Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 3 ; D. 2002. 2670 note A. Debet

Cass. 1^{re} civ. , 8 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 35 ; JCP E 2000, Pan. 536 ; RTD com. 2000, 327, obs. Derruppé

Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, JDI 1998. 136, note A. Huet

Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1996, n° 452 ; D. 1997, note Le Guidec ; JCP G 1997. I. 4047, n° 38, obs. Simler

Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 303 ; D. 1997, p. 206, note A-M. Luciani

Cass. 1^{re} Civ., 27 janv. 1993, JCP G 1994, II, 22195, note I. Pétel-Teyssié ; JCP N, II, p. 256, note L. Leveneur ; Defrénois 1993, art. 35572, p. 730, comm. J.L. Aubert

Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 346

Cass. 1^{re} civ, 8 nov. 1989, Bull. civ., I, n° 342, p. 230 ; D. 1990, 369, note C. Galvada ; JCP G, II, n° 15134, obs. G. Virassimi ; RTD Civ. 1988, p. 759, note J. Mestre

Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1989, Bull. civ. I, p. 303, n° 381

Cass. 1^{re} Civ., 18 déc. 1984, Bull. civ., I, n° 341 ; Gaz. Pal. 1985, somm., 224, obs. M. Grimaldi

Cass 1^{re} civ., 3 juin 1980, Bull. civ. 1980, I, n° 172 ; Défrenois 1981, art. 32599, p. 380, note J. Massip ;

Cass. 1^{re} Civ., 24 juin 1970, Bull. civ. I, n° 223, Defrénois 1971, art. 29941, p. 1054, obs. Aubert

Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 1967, Bull. Civ. 1967, I, n° 58

Cass. civ. 10 juill. 1953, D. 1953. 598

Cass. 3^e civ., 9 sept. 2009, Rev. des contrats 2010.70, note S. Carval

Cass. 3^e civ., 13 févr. 2008, Bull. civ III, n° 29 ; Comm.com. électr. 2009, comm. 91

Cass. 3^e civ., 21 mai 2008, Bull. civ. 2008, III, n° 92

Cass. 3^e civ., 23 juin 1999, Bull. civ. III, n° 148

Cass. 3^e civ, 20 mai 1993, D. 1993, p. 493, note G. Virassamy

Cass. 3^e civ., 13 mars 1991, Bull. civ. III, n° 91 ;

Cass. 3^e civ., 26 juin 1973, Bull. civ. 1973, III, n° 444

Cass. 3^e civ., 12 déc. 1968, Bull. civ. III, n° 545

Cass. com., 12 juill. 2013, Darty Télécom c/ ARJEL, arrêt disponible sur Legalis.net

Cass. com. 3 mai 2012, eBay Inc. et eBay International c/ LVMH Fragrance Brands et Guerlain ; eBay Inc. et eBay International c/ Louis Vuitton Malletier ; eBay Inc. et eBay International c/ Christian Dior Couture, www.legalis.net ; Gaz. Pal., 1^{er} août 2012, p. 16, note L. Marino ;

Cass. com. 29 mars 2011, eBay inc. et a. c/ société Maceo, RLDI 2011/71, n° 2356, note Manara ; arrêt disponible sur juriscom.net

Cass. com. 9 mars 2010, arrêt disponible sur le site legalis.net

Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, in RLDA juill. 2010, n° 51, note Nourrissat

Cass. com. 13 juill. 2010, Google France et a. c/ GIFAM, Louis Vuitton Malletier et Sté CNRRH, SA Viaticum, Gaz. Pal. 28 oct. 2010, n° 301, p. 21, note L. Marino

Cass. com. 16 mars 2010, n° 08-21.511, in RLDA juill. 2010, n° 51

Cass. com. 5 mai 2009, Sté DWC c/ Sté eBay Europe, Sté eBay France, Comm. com. électr., sept. 2009, comm. n° 80, note A. Débet ; D. 2009, p. 2910, note J. Huet

Cass. com., 26 mai 2010, Bull. civ. IV, n° 99, D. 2010, AJ 1483 ; JCP E 2010, n° 34, 1721, note L. Leveneur

Cass. com., 9 juin 2009, André Dobosz c/ Sunshine, AFNIC et OVH, RLDI 2009/51, n° 1662 ;

Cass. com. 12 févr. 2008, la sté La Fermière c/ la sté Yoplait, arrêt disponible sur le site Legifrance.gouv.fr

Com. 20 mai 2008, Google, D. 2009, 1065, note I. Gavanon et J. Huet

Cass. com., 21 oct. 2008, Sté Sedo GmbH c/ Sté des Hôtels Méridien, Comm. com. électr. déc. 2008, comm. n° 134, note C. Caron ; Propr. ind. 2010, n° 25, note J. Larrieu

Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453, D. 2006, p. 783, obs. Chevrier ; Com. 14 févr. 2006, RTD com. 2006. 564, obs. B. Saintourens ; D. 2006 AJ (actualité juridique)

Cass. com., 14 mars 2006, Laurent X, Rouvelet LPR, M. X c/ Flora, www.legalis.net ; JCP E, n° 23, juin 2006, n° 1902, note Reverdy

Cass. com., 14 nov. 2006, obs. P. Mozas, LPA, n° 130, 30 juin 2008, p. 15

Cass. com. 11 janv. 2005, Hugo Boss, D. 2005, p. 428, obs. C. Manara ; Juriscom.net (14 mars 2005), chron. J. Passa

Cass. com. 26 mai 2004, Éd. Neressis SA c/ Cabinet Bernain SARL, PIBD 196/2004, III, p. 635

Cass. com. 24 sept. 2003, Sté CCP c/ Sté Ginger, Comm. com. électr. mars 2004, comm. 32 p. 35, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2003, p. 703, obs. J. Mestres et B. Fages ; D. 2003, p. 2683, note C. Caron

Cass. com. 27 mars 2002, D. 2002. 1487, obs. Chevrier

Cass. com. 17 juill. 2001, M. Jardin et autres c/ Sté Volkswagen, Contrats, conc. cons., 2002, comm. 2, note L. Leveneur

Cass. com. 22 mai 2001, Routière de l'Est, D. 2001, AJ 2973 ;

Cass. com., 2 déc. 1997, JCP G 1988, II, 10160, note M. Storck Cass. com. ; D. 1997, 192, note D. R. Martin ; Bull. civ. IV, n° 315 ; JCP E 1999, II, 179, note T. Bonneau

Cass. com., 9 juill. 1996, Bull. civ. IV, n° 217

Cass. com., 8 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 224

Cass. com. 21 mars 1995, Bull. civ. IV, n° 93

Cass. com. 14 nov. 1995, JCP G, 1997. II. 22818, n° 15, note Boccara.

Cass. Com. 14 avr. 1992, n° 89-20.908, Bull. civ. IV, n° 161 ; D. 1994. Somm. 53, obs. Rozès

Cass. com. 12 déc. 1990, Gaz. Pal. 1990, 2, p. 413

Cass. com. 16 janv. 1990, JCP 1991. II. 21662

Cass. com. 31 mai 1988, Bull. civ IV, p. 126 ; JCP, 1988, IV, 275 ; RTD com. 1988, p. 609, note Derrupé ;

Cass. com., 3 févr. 1970, D. 1970, J, p. 626

Cass. com., 1^{er} févr. 1966, n° 63-11.643, Alaux c/ épx Bruneau : Bull. civ. 1966, III, n° 69

Cass. com., 1^{er} mars 1966, n° 64-12.466, Bull. civ. IV, n° 125, p. 107 ; JCP G 1967, II, n° 14980, note B. Boccara

Cass. com. 23 mai 1960, Bull. civ. III, n° 192

Cass. com. 29 mai 1953, JCP 1953. II. 7720, note Cohen

Cass. crim. 19 oct. 2010, Décision disponible sur le site www.legalis.net

Cass. crim., 26 mai 2009, arrêt n° 3059, Bull. crim., disponible sur le site lamyline.fr

Cass. crim. 3 nov. 2004, Bull. crim. 2004, n° 266

Cass. crim., 5 sept. 2000, Bull. crim., n° 261

Crim. 21 juin 2000, n° 99-85.154, NPT, Comm. com. électr. 2001/9, p. 17 s., note C. Caron ; D. 2001, 2552, note P. Sirinelli

Cass. crim., 25 mai 1994, Bull. crim., n° 202

Cass. soc. 22 mars 2011, arrêt disponible sur Legifrance.gouv.fr

Cass. soc., 26 oct. 1999, D. 1999, IR p. 264

Cass. soc., 8 janv. 1964, Bull. civ. IV, n° 21

2- Cours d'appel

CA Paris, 13 juin 2013, Association Groupement des brocanteurs de Saleya et a. c/ eBay France et a., Décision disponible sur www.dalloz.fr

CA Aix-en-Provence, 13 juin 2013, SARL P. Rose et Nathalie G. c/ SAS Telefun, Décision disponible sur www.dalloz.fr

CA Paris, pôle 4, 9^e ch., 12 sept. 2013, n° 11/10899, P. c/ SNC Meubles IKEA France, note Anne DEBET, Comm. com. électr., déc. 2013, comm. 124, p. 26

CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 23 janv. 2012, SA e-Bay International AG c/ Sté Burberry Limited, Sté Christian Dior Couture, Sté Louis Vuitton Malletier, Comm. com. électr., juill.-août 2012, comm. n° 74 note C. Caron ; Expertises 2012, p. 153 ; RJDA 2012, n° 813 ; www.juriscom.net

CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, D. 2012. 1060, obs. Manara

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 4 avr. 2012, Groupement des brocanteurs de Saleya, CBA c/ eBay France et eBay International AG, arrêt disponible sur www.legalis.net

CA Paris, pôle 1, ch. 3, 3 mai 2011, D. 2011, 1341, comm. C. Manara

CA Versailles, 3^e ch., Conseil des ventes c/ SAS AUTO CONTACT GROUP, 16 juin 2011, Décision disponible sur www.cde-montpellier.com

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2010, Omar S. et a. c/ Sté Dailymotion, RLDI 2010/62, n° 2034, note M. Trézéguet ; Comm. com. électr. 2010 n° 74, note A. Debet ; arrêt disponible sur www.legalis.net

CA Paris, 2 juillet 2010, Saval, Établissement Laval c/ Home Shopping Service (HSS), www.legalis.net

CA Reims, 20 juill. 2010, eBay c/ Hermès International, D. 2010. 1932, note MANARA ; www.legalis.net

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 19 nov. 2010, Google ; Gaz. Pal. 23 févr. 2011, n° 54, p. 20, note L. Marino ; CA Lyon, 1^{re} ch. A, 22 mars 2012, disponible sur Legalis.net

CA Paris, 26 mars 2009, SASU Go Voyages c/ SCP Brouard Daude, P.A. et S. D, Com. comm. électr, n° 7, juill. 2009, comm. 66, note Anne Debet

CA Paris, 9^e ch., 8 avr. 2009, Comm. com. électr., juill.-août 2009, comm. n° 67, note A. Debet,

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 6 mai 2009, www.legalis.net.

CA Paris, 9 sept. 2009, République du Chili c/ Florence et Clara G. : Arrêt disponible sur le site Legalis.net.

CA Paris, ch. 5-7, 29 oct. 2009, RLDI 2009/55, n° 1832, obs. Costes ; Comm. com. électr. 2009, comm. 113, note Chagny.

CA Montpellier, 5^e Ch. sect. A, 16 nov. 2009, n° RG : 09/04838, disponible sur chevaletdroit.com

CA Paris, 16 janv. 2008, André Dobosz c/ Sunshine, AFNIC et OVH, RLDI 2008/37, n° 1147 ; Comm. com. électr. 2008, comm. 53, note C. Caron

CA Paris, 25 janv. 2008, Sté AFDI et Sté DSI, Mme V. c/ Sté ID, RLDI 2008/42, n° 1383

CA Paris, 14^e Ch., sect. A, 13 févr. 2008, RG n°8/245, sur le site www.foruminternet.org

CA Paris, 6 juin 2007, Sté Google inc. c/ SA AXA, n° RG 06/14890, Comm. com. électr. Oct. 2007, P. 10, étude M.-E. Ancel, et p. 41, note C. Caron ; LPA 8 nov 2007, p. 6, note A. Mendoza-Caminade

CA Paris, 3^e ch., sect. B, 20 sept. 2007, sté civile Sesame c/ Selafa MJA, n° 07/01793, Comm. com. électr. n° 4, avr. 2008, comm. 51 ; www.foruminternet.org

CA Paris, 9 nov. 2007, Casse c/ eBay, n° RG : 06/16286, RTD com. 2008-1, p. 95, note Ph. Gaudrat, JCP E 2008, n° 38, p. 24, note H.-D. Lucas

CA Paris, 14^e ch., sect. A, 12 déc. 2007, Sté Google Inc. c/ Sté Benetton Group et a. ; arrêt disponible sur www.legalis.net

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 25 janv. 2006, RLDI 2006/18, n° 549

CA Paris, 4^e ch. A, 26 avr. 2006, n° 05/05038, Com. comm. électr. 2006, comm. 106, obs. C. Caron ; RLDI 2006/18, n° 523, obs. L. Pech

CA Paris, 6 juin 2006, disponible sur Legalis.net

CA Paris, 4^e ch. A, 12 janv. 2005, Kaligona c/ Dreamnex, Expertises mars 2005, p. 118

CA Paris, 14^e ch., 25 mai 2005, D. 2005, n° 27, obs. C. Manara

CA Rennes, 5 sept. 2005, RLDA 2006/10, n° 586, note Nourissat

CA Paris, 4^e ch. A, 28 janv. 2004, Propr. Industr., sept 2004, comm. 72, Tréfigny P.

CA Douai, 1^{re} ch., sect. 2, 23 févr. 2004 : SA Courta Finances c/ M.D.L., SARL Eatime, note Barbry et Martin, Gaz. Pal., 25 janv. 2005, n° 25, p. 42 ; www.legalis.net

CA Toulouse, 2^e ch., 1^{re} sect., 9 janv. 2003, SA 123 Immo et a. c/ SARL O10C, Comm. com. électr., 2003, comm. n° 71, note Grynbaum ; JCP E, 22 janv. 2004, chron. « Droit de l'internet » n° 4, p. 129, note M. Vivant

CA Paris, 10 févr. 2003, Contrats, conc. consom. 2003. 167, obs. G. Raymond

CA Paris, 8 déc. 2003, annonces-vacances.com c/ annoncesvacances.com : D. 2004, p. 1157, obs. Auguet

CA Montpellier, 19 févr. 2002, Sté Capline, Comm. com. électr., 2002, n° 145, obs. Stoffel-Munck

CA Versailles, 12^e ch., 11 avr. 2002, Comm. com ; électr., 2002, comm. 98, obs. C. Caron

CA Paris, 14^e ch., sect. B, 25 mai 2001, Legalis.net 2001, n° 3, p. 104, note Sinodinou Eleni Tatiani et Ph Jogleux

CA Douai, 9 sept. 2002, Comm. com. électr., nov. 2002, comm. 141, obs. Caron C.

CA Versailles, 8 juin 2000, Sté Multimanía Production et France Cybermédia c/ Lynda Heineman, épouse Lacoste, D. 2000, IR 270

CA Paris, le 18 octobre 2000, Décision disponible sur le site www.legalis.net

CA Paris, 16^e ch. A, 4 oct. 2000, SARL Nicogi c/ SA Le Gran Vie, JCP E 2001.324, note Boccara

CA Versailles, 13^e ch., 18 nov. 1999, Vincent c/ CUC Software International, Comm. com. électr. févr. 2000, n° 16, note C. Caron ; Légipresse 2000, n° 170, p. 51

CA Versailles, 13^e ch., 2 déc. 1999, JCP G 2000, II, n° 10282, note Vivant, chron. « Droit de l'internet » ; JCP E 2000, p. 1902, n° 23, obs. Alma-Delettre, D. 2000, p. 92, obs. Manara

CA Caen, ch. corr., 19 déc. 1997, Annie T... c/ Valérie A..., LPA 18 nov. 1999, p. 10, note P. Sirinelli

CA Paris, 9 avr. 1996, JCP 1997. I. 4033, n° 22, obs. Delebecque

CA Paris, 15 sept. 1995, D. 1995, IR, p. 219

CA Paris, 17 mai 1994, D. 1996, somm. 175, obs. Ch. Galvada et Cl. Lucas de Leyssac

CA Paris 1^{er} oct. 1986, Loyers et copr. 1986, n° 467

CA Paris, 22 mai 1975, D. 1976, somm. 8

CA Bordeaux, 5 mai 1828, D. 1828, II, p. 155

3-Tribunaux (Toutes formations)

TGI Paris 15 mars 2013 : Décision disponible sur le site [Legalis.net](http://www.legalis.net)

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 13 mars 2012, Maceo, décision disponible sur www.legalis.net

TGI Paris, 10 novembre 2011 : [Legalis.net](http://www.legalis.net)

TGI Paris, 17^e ch., 14 nov. 2011, RLDI 2011/77, n° 2563, obs. L. Costes ;

TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 15 déc. 2011, D. 2012, p. 344, note L. Lévy et C. Lévy-Dières

TGI Paris 5^e ch., 25 mai 2010, Conseil des ventes c/ eBay Europe et autres, www.legalis.net, Comm. com. électr. 2010, n° 86, p. 36, note A. Debet

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 29 oct. 2010, SNCF c/ Benoît M., RLDI 2010/66, n° 2168

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 oct. 2009, H K, André R. c/ Google ;

TGI, 3^e ch., 2^e sect., 18 déc. 2009, RLDI 2010/57 n° 1877, note SINGH et ISRAEL ; RLDI 2010/56, n° 1848

TGI Paris, Ord. réf., 8 janv. 2008, www.legalis.net

TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 20 mai 2008, SAIF c/ SARRL Google, Sté Google Inc., Décision disponible sur Legalis.net

T. com. Paris, première Ch. B, 30 juin 2008, Décision disponible sur le site Legalis.net.

TGI Paris, 2 juill. 2008, Comm. com. électr., 2008, n° 136, note A. Debet ; www.legalis.net

TGI Bordeaux, 4^e ch. corr., 9 janv. 2006, C-Discount c/ Proc. Rép., note C. Chabert, Comm. com. électr., mai 2006, n° 5, comm. 80, p. 29-31 ; décision disponible aussi sur le site Legalis.net.

T. corr. Mulhouse, 12 janv. 2006, Ministère public c/ Marc Didier W., n° 122/2006

TGI Paris, 3^e ch., 7 juin 2006, Sté Hôtels Méridien c/ Sté Méridiana Hôtel, RLDI 2006/19, n° 568

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 28 juin 2006, Sté Bdpme c/ Richard A., RLDI 2006/19, n° 531

TGI Paris, 31^e ch., 8 avr. 2005, Min. public c/ Nicole T., Atomic Answer Communication, sur le site www.legalis.net

TGI Paris, Association Famille de France c/ SA Père-noel.fr, JCP G 2003, II, 10079, obs. Ph. Stoffel-Munck ; comm. Com. électr. 2003, comm. 42, Ph. Stoffel-Munck

TI Strasbourg, 24 juill. 2002, Thierry P. c/ Netbusiness, disponible sur www.legalis.net ;

TGI Paris, 13 févr. 2001, Expertises 2001, p. 275 ; Rev. propr. Intell. Oct. 2001, obs. P. Sirinelli

TGI Lille, 10 juill. 2001, JCP E 2002, n° 1, chron. 36, n° 10, obs. Vivant M.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 5 sept. 2001, SA Cadremploi c/ SA keljob et Colt Télécommunications France, Expertises nov. 1991, p. 391

TGI Paris, 3 mai 2000, D. 2000, p. 640, obs. L. Mauger-Vielpau

TGI Paris, 27 juin 2000, www.legalis.net

TGI Paris, réf., 20 nov. 2000, RLDA 2001/34, obs. L. Costes

TGI Nanterre, ord. réf., 16 sept. 1999, www.legalis.net

T. com. Paris, 9 févr. 1998, Cybion c/ Qualitream, Expertises n° 217, 1998, p. 236 à 238

TI Nîmes, 29 juin 1982, D. 1983. 13, note F.-J. Pansier ;

T. com. Marseille, 13 juin 1929, Gaz. Pal. 1929. 2. 645

4- Jurisprudence européenne

CEDH, 10 févr. 2013, n° 40397/12, F. Neij et P. Sunde Kolmisoppi c/ Suède, Comm. com. électr. 2013, comm. 63, Ch. Caron ; Propr. intell. 2013, n° 47, obs. J-M. Bruguière ; RTD com. 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2013, n° 237, p. 325, chron. P. Sirinelli
CEDH 18 sept. 2007, req. n° 25379/04, JCP 2008. I. 158, obs. Caron ; RTD civ. 2008. 503, obs. Revet

CJUE, 30 oct. 2013, affaire C-170/12, Peter Pinckney c/ KDG Mediatech AG, RLDI 2013/98, n° 3239 ; disponible aussi sur Legalis.net

CJUE, 1^{re} ch., 15 mars 2012, G. c/ Cornelius de Visser, aff. C-292/10, D. 2012, n° 15, p. 952

CJUE, 3^e ch., aff. C-604/10 du 1^{er} mars 2012, Football Dataco et autres c/ Yahoo et autres ;
Décision disponible sur Legalis.net

CJUE, affaire C-523/10, Wintersteiger, arrêt du 19 avr. 2012, disponible sur le site europa.eu ;
D. 2012, n° 1926, note Azzy

CJUE, 3^e ch., 5 juill. 2012, aff. C-49/11, RLDI 2012/85, n° 2865

CJUE, gr. Ch., 12 juill. 2011, aff. C-324/09, Sté L'Oréal c/ Sté eBay International, D. 2011. 1965, obs. Manara ; 2054, point de vue Gautier ; Gaz. Pal. 26 oct. 2011, p. 19, note L. Marino ; RLDI 2011/74, n° 2444 ; D. 2011. 1965, obs. C. Manara

CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, comm. C. Castet-Renard, RLDI 2011/76, n° 2526

CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-396/09, Interedil, disponible sur www.curia.europa.eu

CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet c/ Sabam), D. 2011, p. 2925, note MANARA ;

CJUE (grande chambre), affaires jointes C-509/09 et C-161/10 du 25 octobre 2011, eDate Advertising GmbH e. a c/ X e.a., Disponible sur Lamyline.fr

CJUE, gr. Ch., 23 mars 2010, Google France, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier (C-236/08) ; Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08) ; Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Rabin, Tiger SARL (C-238/08) ; D. 2010, 885, obs. C. Manara, 1996, obs. P. Tréfigny-Goy ; JCP 2010, 642 note L. Marino ;

CJUE, aff. C-585/08, JOUE n° C 44, 21 févr. 2009

CJUE, aff. C-144/09, JOUE n° C 153, 4 juill. 2009

CJUE, 1^{re} ch., 3 sept. 2009, aff. C-489/07, D. 2009, p. 2161, obs. Avena-Robardet V. ; JCP G 2009, n° 47, 459, note Paisant G.

CJCE 9 nov. 2004, The British Horseracing Board Ltd e.a ; Fixtures Marketing Ltd c/ Organismos Pronostikon ; Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus AB et Fixtures Marketing

Ltd c/ Svenska Spel AB, D. 2005. 1216, § 14, obs. Sardain ; Propr. Intell. 2005, n° 14, p. 99, obs. Lemarchand et Rambaud, Légipresse 2005, n° 221, III, p. 85, note Mallet-Poujol ; RTD com. 2005. 90, obs. Pollaud-Dulian ;

CJCE, 11 déc. 2003, aff. C-322/01, Deutscher Apothekerverband eV c/ 0800 Doc Morris NV, disponible aussi sur le site www.droit-technologie.org ;

CJCE 25 avr. 2002, aff. C-52/00, Commission c/ Rép. Française, Rec. CJCE 2002, I, p. 3827 ; D. 2002. 2562, note C. Larroumet.

CJCE, 22 nov. 2001, JCP G 2002, II, 10047, note G. Paisant ;

CJCE, 23 nov. 1999, arrêt Arblade, C-369/96, Rec. CJCE, I, p. 8453

CJCE, 21 mars 1991, aff. C-369/88, Delattre : Rec. CJCE 1991, I, p. 1487 ;

CJCE, 25 juillet 1991, factortame, aff. C 221/89, Rec., p. I-3965, point 20 ; disponible sur le site : www.eur-lex.europa.eu

CJCE, 10 juill. Neu et autres c/ Secrétaire d'État à l'agriculture et à la viticulture, aff. C-90/90, Rec. P. I-3617

INDEX APHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Acte sous seing privé, 512 et s. ; 552 ; 579
Acte authentique, 518 et s. ; 555 et s. ; 583
Anonymat, 14 ; 711 ; 767 ; 816 et s.
AFNIC, 39 ; 372 ; 411
Arbitrage, 411 ; 807 et s.
ARJEL, 352
Autonomie de la volonté, 179 et s. ; 686

- B -

Base de données, 186 ; 384 et s.

- C -

Certificat électronique, 556 ; 561 et s.
CNUDCI, 492 ; 504
Commerce électronique, 1 et s. ; 507 et s. ;
852 et s.
Contrefaçon, 14 ; 194 ; 233 et s. ; 372 ;
382 ; 732 et s. ; 831 et s.
Cyberespace, 1 ; 7 et s. ; 57 et s.

- D -

Dématérialisation, 9 et s. ; 132 ; 135 et s. ;
256 et s. ; 312 et s. ; 844 et s.
Dépersonnalisation, 17 et s. ; 424 ; 449 ;
479 et s. ; 527 et s. ; 546 et s. ; 585 et s. ;
669 et s.
Données personnelles, 151 ; 155 et s. ;
Droit d'auteur, 204 ; 248 et s. ; 375 et s. ;
734 et s. ; 791 ; 833 et s. ;

Droit de la concurrence, 161 ; 276 et s. ;
394 ; 414 ;

- E -

Échange de données informatisé, (EDI), 4 ;
87 ; 591 et s. ; 601
Écrit sous forme électronique, 489 et s. ;
525 ; 540 ;
Enchères électroniques, 290

- F -

Fournisseurs d'accès Internet, 50 ; 55 ; 429
et s. ; 783
Fournisseur d'hébergement, 82 ; 89 et s. ;
429 et s. ; 455 ; 722 et s. ; 761 et s. ;

- H -

Hadopi, 734 et s. ; 746 ; 774 et s. ; 817 et
s. ; 836 ;

- I -

ICANN, 38 et s. ; 372 ; 411 ;
Identification, 17 ; 49 ; 52 ; 142 et s. ; 155 ;
325 et s. ; 363 et s. ; 481 et s. ; 561 et s. ;
636 ; 651 et s. ; 719 et s.
Immatérialité, 10 ; 12 ; 299 ; 334 ; 852 ;

- J -

Jeux en ligne, 352

- L -

Lois de police, 133 ; 149 et s. ; 177

Loi du pays d'origine, 256 ;

- M -

Médiation, 150 ; 159 ; 166 ; 411 ; 807 et s. ;

Multimédia 375 et s.

- N -

Neutralité, 92 ; 135 ; 142 ; 257 et s. ; 274 et s. ; 295 et s. ; 354 et s. ; 381 et s. ; 643 ; 699 ; 720 ; 824 et s. ;

Nom de domaine, 9 et s. ; 35 et s. ; 363 et s. ; 388 et s. ; 445 et s. ; 847 et s. ;

Numérisation, 9 ; 14 ; 252 ; 356 ; 752 ; 815 ;

- O -

OCDE, 72 ; 75 et s. ; 295 et s. ; 837

Ordre public, 176 ; 274 et s. ; 367 et s. ; 411 et s. ; 426 ; 570 et s. ; 643 et s. ; 708 et s. ; 810

Pair à pair, 14 ; 482 ; 671 ; 731 et s. ; 816 ; 848

- P -

Principe d'assimilation, 486 et s.

Principe de non-discrimination, 530 et s.

- R -

Référé, 176 ; 405 ; 414 et s. ; 724 ; 748 ; 790 ;

Règles de conduite, 827 ; 835 et s. ;

Responsabilité contractuelle, 482 ; 672 ; 678 ; 693 et s. ; 758 ; 794 et s.

Responsabilité délictuelle, 716 et s. ; 829 et s. ;

Responsabilité pénale, 712 ; 727 et s. ; 741 et s. ; 828 et s. ;

- S -

Serveur, 35 ; 55 et s. ; 80 et s. ; 364 et s. ; 430 et s. ; 584 ; 819 et s. ;

Signature électronique, 484 ; 501 et s. ; 580 ; 850

Site Internet, 4 et s. ; 73 et s. ; 374 et s. ; 392 et s.

- T -

Téléchargement, 14 ; 186 ; 305 et s. ; 332 ; 356 et s. ; 393 ; 482 ; 635 ; 671 ; 708 et s. ; 731 et s. ; 767 et s. ; 817 et s. ;

Télématique, 3 ; 14 ; 305 et s. ; 417 ; 655

Territorialité, 17 et s. ; 30 et s. ; 204 ; 238 et s. ; 348 et s. ; 847

- U -

Ubiquité, 17 et s. ; 21 et s. ; 79 et s. ; 218 et s. ; 224 et s. ;

- V -

Vie privé (protection), 155 ; 157 ; 242 ;

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : LA NEUTRALISATION DE L'UBIQUITÉ	23
Titre 1- Les critères de rattachement territorial du cybercommerçant	27
Chapitre 1- Le rattachement par l'établissement.....	29
Section 1- Le rejet des éléments technologiques	30
Paragraphe 1- Le rejet des critères purement technologiques.....	30
I- L'instabilité du nom de domaine	31
A- Le nom de domaine incorporé dans un système bipartite	31
B- Le nom de domaine incorporé dans un système en constante évolution	34
II- Les limites de l'adresse IP	36
A- Un moyen indirect de localisation	36
B- L'obsolescence de l'adresse IP	38
Paragraphe 2- Le rejet de l'interprétation par analogie.....	39
I- L'absence de rattachement territorial	40
A- La consécration d'un nouvel espace autonome.....	40
B- La volonté d'application de nouvelles règles spéciales	43
II- Les difficultés liées au rattachement territorial	47
A- L'établissement virtuel.....	48
1- Le site Internet	48
2- Le serveur d'hébergement.....	51
B- L'agent électronique dépendant	53
1- Les logiciels	54
2- Le fournisseur d'hébergement	55
Section 2- L'admission des éléments traditionnels	57

Paragraphe 1- Les conditions d'application du critère de l'établissement.....	57
I- Le critère matériel.....	57
A- La notion d'établissement effectif.....	58
B- Les catégories d'établissements	60
II- Les critères formels	63
A- L'immatriculation	63
B- Le siège social	65
Paragraphe 2- Les conséquences de l'application du critère de l'établissement.....	68
I- L'unité des règles.....	68
A- La référence du droit européen à la jurisprudence antérieure	69
B- L'existence d'un dénominateur commun de localisation des opérateurs....	70
1- La détermination de la juridiction compétente	71
2- La détermination de la loi applicable.....	73
II- La neutralité des règles.....	74
A- L'indifférence de la dématérialisation	75
1- L'autonomie de l'établissement à l'égard des modalités d'exercice de l'activité.....	75
2- La conception économique de l'établissement	76
B- La fraude facilitée par la dématérialisation	77
Conclusion du chapitre 1	80
Chapitre 2- Le rattachement par l'activité.....	81
Section 1- L'insuffisance du critère de l'accessibilité de l'activité	82
Paragraphe 1- La plurilocalisation involontaire de l'activité	83
I- L'application des lois de police	84
A- Les lois de police de protection.....	84
1- Les lois de police de protection du consommateur	85
2- Les lois de police de protection des données personnelles	87
B- Les lois de police d'organisation.....	89
1- La protection contre les actes restreignant la concurrence	90

2- La protection contre les pratiques déloyales	92
II- L'insécurité juridique de la situation du cybercommerçant	94
A- La compétence universelle de toutes les juridictions	94
B- La compétence universelle de toutes les législations	96
Paragraphe 2- L'indifférence du législateur à l'égard du critère de l'accessibilité..	98
I- L'absence du critère de l'accessibilité dans les relations contractuelles	99
A- Le rattachement par l'accord des parties	100
B- Les autres critères de rattachement	103
II- L'absence du critère de l'accessibilité dans les relations non contractuelles	107
A- La détermination de la juridiction compétente	107
1- L'absence de difficultés dans l'application des règles sur le réseau numérique	108
2- Les difficultés suscitées par l'application des règles sur le réseau numérique	109
B- La détermination de la législation applicable	110
1- L'absence de difficultés dans l'application des règles sur le réseau numérique	110
2- Les difficultés suscitées par l'application des règles sur le réseau numérique	112
Section 2- La primauté du critère de la direction de l'activité	115
Paragraphe 1- La notion de direction de l'activité	115
I- La définition de la direction de l'activité	116
A- L'importance de la notion dans les contrats de consommation	116
1- La protection du consommateur dans la détermination de la juridiction compétente	116
2- La protection du consommateur dans la détermination de la loi applicable	117
B- Une notion intégrant une approche subjective	119
II- La mise en œuvre de la direction de l'activité	121
A- Une manifestation de la volonté expresse du cybercommerçant	121

B- Une volonté du cybercommerçant décelée par des indices.....	123
Paragraphe 2- Les conséquences du critère de la direction de l'activité.....	127
I- L'extension de l'application du critère de la direction de l'activité aux obligations non contractuelles.....	127
A- La détermination de la juridiction compétente	128
B- La détermination de la législation applicable.....	131
II- La remise en cause de l'application du critère de la direction de l'activité ..	132
A- Les atteintes aux droits de la personnalité	133
B- Les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle	135
1- Les atteintes aux droits de propriété industrielle	136
2- Les atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique	138
Conclusion du Chapitre 2	143
Conclusion du Titre 1	144
Titre 2- L'intégration du cybercommerçant dans le droit commun aux commerçants	145
Chapitre 1- Le statut professionnel	146
Section 1- La neutralité des règles	147
Paragraphe 1- La neutralité des règles commerciales	147
I- L'absence d'autorisation spécifique	148
A- L'affirmation de la liberté d'entreprendre	148
B- L'indifférence de la dématérialisation dans la qualification de commerçant	152
II- La soumission aux réglementations professionnelles	155
A- Les activités interdites.....	155
1- Le rejet de l'interdiction générale résultant des clauses contractuelles .	155
2- L'admission de l'interdiction émanant de la loi	158
B- Les activités soumises à autorisation	162
1- Le prêt d'argent.....	162
2- Les ventes aux enchères.....	164
3- Les soldes.....	167

Paragraphe 2- La neutralité des règles fiscales	170
I- Le rejet des théories spécifiques	170
A- Le rejet de la théorie de l'absence d'imposition	171
B- Le rejet de la théorie d'un impôt spécifique.....	172
II- La soumission à l'imposition classique.....	174
A- Les activités traditionnelles.....	174
B- L'opération de téléchargement.....	177
Section 2- La lutte contre les distorsions de concurrence	181
Paragraphe 1- Les causes des distorsions de concurrence	181
I- Les fraudes.....	182
A- La fraude commerciale.....	182
B- La fraude fiscale	184
II- Les évasions	186
A- L'évasion commerciale	186
B- L'évasion fiscale	188
Paragraphe 2- Les solutions proposées	190
I- Le contrôle du statut par le critère de l'établissement	191
A- Le renforcement du contrôle	191
B- La création de nouveaux statuts	194
II- Le contrôle de l'activité par le critère de la direction de l'activité	197
A- Les règles commerciales	198
B- Les règles fiscales.....	203
Conclusion du chapitre 1	208
Chapitre 2- Les instruments de l'activité	209
Section 1- Les instruments techniques	210
Paragraphe 1- La qualification juridique des instruments techniques.....	210
I- Le nom de domaine	210
A- La qualification d'adresse technique.....	212

B- La protection par le droit d'usage	215
II- Le site Internet.....	217
A- La protection par le droit d'auteur	217
1- Le rejet d'un régime spécifique	218
2- Les conditions de la protection	221
B- La protection par le droit <i>sui generis</i> de la base de données.....	225
Paragraphe 2- La reconnaissance juridique de la dimension commerciale des instruments techniques	228
I- L'assimilation aux instruments commerciaux traditionnels.....	229
A- L'espace commercial	229
1- La vitrine virtuelle.....	230
2- La boutique virtuelle	231
B- Le signe distinctif de l'entreprise	232
II- L'application des régimes de protection classiques	234
A- La protection des instruments commerciaux	235
B- La protection des tiers	239
1- Les règles spéciales non spécifiques au cybercommerçant	240
2- Les règles générales	241
Section 2- Le fonds de commerce	245
Paragraphe 1- L'extension de la notion de fonds de commerce	245
I- L'existence d'une clientèle.....	246
A- Le caractère réel de la clientèle.....	246
1- Les définitions de la clientèle appliquées à l'univers du cybercommerçant	247
2- La cyberclientèle soumise aux exigences de la jurisprudence.....	248
3- Le caractère licite de la clientèle.....	251
B- Le caractère personnel de la clientèle	252
1- L'exercice exclusif de l'activité sur Internet	252
2- L'exercice d'une activité mixte	256

II- L'existence d'éléments supports de la clientèle	257
A- L'existence d'éléments classiques	258
B- La notion de fonds de commerce ouverte aux éléments spécifiques	259
1- L'intégration des éléments technologiques.....	260
2- L'attraction originale de la clientèle	261
Paragraphe 2- La garantie d'un crédit	263
I- L'absence de bail commercial dans la valeur du fonds de commerce.....	264
A- Le rejet des éléments technologiques.....	264
1- Le contrat d'hébergement	264
2- Le nom de domaine.....	267
B- Le rejet du local abritant l'équipement informatique.....	269
1- Le local principal	269
2- Le local accessoire	270
II- La protection du créancier.....	271
A- L'objet de la sûreté.....	271
1- Le privilège du vendeur	272
2- Le nantissement	273
B- Les formalités de publicité	275
Conclusion du Chapitre 2.....	278
Conclusion du Titre 2.....	279
Conclusion de la Première Partie	280
DEUXIÈME PARTIE : LA NEUTRALISATION DE LA DEPERSONNALISATION	281
Titre 1- L'application des règles générales	285
Chapitre 1- L'application des principes généraux à la forme du contrat	287
Section 1- Le principe d'assimilation.....	288
Paragraphe 1- L'application de l'équivalence fonctionnelle.....	289
I- L'écrit électronique.....	289
A- La transposition des fonctions traditionnelles de l'écrit	290

1- L'équivalence des formes	290
2- Les fonctions de l'écrit.....	292
B- La consécration de la jurisprudence antérieure	294
II- La signature électronique	296
A- La transposition des fonctions traditionnelles de la signature	296
1- L'équivalence des formes	297
2- Les fonctions de la signature.....	298
B- La consécration de la jurisprudence antérieure	300
Paragraphe 2- La reconnaissance juridique des contrats du cybercommerçant	302
I- L'adaptation des règles existantes	303
A- L'apposition des mentions manuscrites	303
B- Le formalisme de l'authenticité de l'acte	305
II- L'application pure et simple des règles existantes	308
A- Les exigences liées à l'écriture	308
B- Le formulaire détachable.....	310
Section 2- Le principe de non-discrimination	312
Paragraphe 1- L'indifférence du document contractuel du cybercommerçant	313
I- L'indépendance de l'écrit à l'égard du support	314
A- Le caractère général de la définition de l'écrit.....	314
1- Les éléments constitutifs de l'écrit	315
2- Les modalités affectant l'écrit.....	316
B- L'autonomie de la preuve à l'égard du support.....	317
1- L'absence d'hierarchie entre les modes de preuve	318
2- La primauté de la notion de vraisemblance	319
II- La réception légale de la preuve électronique	320
A- L'adaptation des règles existantes.....	321
B- L'application pure et simple des règles existantes	323
1- La date certaine	323

2- La contestation de la preuve littérale	325
Paragraphe 2- L'application du régime de la preuve dans l'univers du cybercommerçant	328
I- Le régime de la preuve légale.....	329
A- Les difficultés suscitées par l'écrit dans les contrats du cybercommerçant	330
B- La force probante de l'écrit acquise par les conventions sur la preuve.....	333
1- La licéité des conventions sur la preuve	334
2- La validité des conventions sur la preuve	335
II- Le régime de la preuve libre.....	338
A- L'admission de l'écrit non signé comme preuve	339
1- La qualité des parties contractantes	339
2- La valeur de l'objet du contrat	340
B- La force probante de l'écrit non signé soumise à l'appréciation du juge..	341
1- L'appréciation souveraine de la fiabilité.....	341
2- L'acquisition de la force probante de l'écrit non signé.....	343
Conclusion du chapitre 1	347
Chapitre 2- L'application des exigences classiques au fond du contrat.....	348
Section 1 : L'adaptation des règles existantes.....	350
Paragraphe 1- La reconnaissance juridique du consentement dans l'univers du cybercommerçant	351
I- Le rejet des théories spécifiques relatives au système informatique	351
A- La théorie de la personnalité juridique.....	352
B- La théorie du mandat.....	354
II- Le recours aux règles générales	355
A- L'offre du cybercommerçant	356
1- La réception légale du support électronique	356
2- La validité de l'offre	358
B- L'acceptation de l'offre du cybercommerçant	361

1- La réception légale du geste électronique : le « clic »	361
2- L'efficacité de l'acceptation	362
Paragraphe 2- La protection juridique du consentement dans l'univers du cybercommerçant	364
I- Les vices du consentement facilités par la dépersonnalisation.....	365
A- Le risque d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre	365
B- Le risque lié à l'utilisation matérielle du système informatique	367
II- L'instauration du « double clic ».....	370
A- L'atténuation de la rapidité	370
B- L'intégrité du consentement.....	372
Section 2 : L'application pure et simple des règles existantes	375
Paragraphe 1- L'indifférence de la dépersonnalisation.....	376
I- La capacité des parties contractantes.....	376
A- Le principe de nullité du contrat pour incapacité.....	377
B- Les remèdes du droit commun pour la validité du contrat.....	379
II- Les autres conditions de fond.....	383
A- L'objet du contrat.....	383
B- La cause du contrat.....	385
Paragraphe 2- L'influence de la dépersonnalisation	387
I- L'intégration dans la catégorie des contrats à distance	388
A- Le respect des critères du contrat à distance	388
B- Un contrat à distance confirmé par la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique	391
II- L'application du régime des contrats à distance	392
A- Le cybercommerçant soumis aux obligations du droit de la consommation	393
B- Le cybercommerçant soumis au régime des contrats internationaux.....	397
Conclusion du chapitre 2.....	400
Conclusion du Titre 1	401

Titre 2- Le rejet des règles spéciales	402
Chapitre 1- Le caractère superflu des règles spéciales.....	404
Section 1- Les relations contractuelles.....	405
Paragraphe 1- Le formalisme informatif.....	405
I- Le régime du formalisme informatif	406
A- La reprise des dispositions existantes relatives au contenu de l'information	407
B- La reprise des dispositions existantes relatives à l'accès à l'information .	410
II- Le domaine du formalisme informatif	412
A- Un domaine réduit dans l'univers du commerçant traditionnel.....	413
B- Un domaine élargi dans l'univers du cybercommerçant.....	416
Paragraphe 2- La responsabilité de plein droit.....	418
I- L'application de la responsabilité du fait d'autrui du droit commun	419
A- Un régime de responsabilité relevant du droit commun	419
B- L'extension jurisprudentielle du domaine d'application.....	421
II- Un régime de responsabilité repris par les règles spéciales	422
A- L'identité du contenu du régime	423
B- L'extension légale du domaine d'application	426
Section 2- Les relations extracontractuelles.....	430
Paragraphe 1- La responsabilité pour faute caractérisée.....	430
I- Un régime d'irresponsabilité conditionnelle illusoire	432
A- La proclamation de l'absence d'une obligation générale de surveillance au profit de l'hébergeur.....	432
B- Le renforcement des obligations particulières de surveillance	436
II- Un régime réaffirmant la responsabilité de droit commun	440
A- La responsabilité civile	441
B- La responsabilité pénale	444
Paragraphe 2- Le téléchargement illégal par échange de fichiers pair à pair.....	446

I- L'application à l'utilisateur de logiciels pair à pair de règles provenant du droit commun de la contrefaçon	447
A- Les pratiques de téléchargement illégal constitutives de contrefaçon	448
B- Les sanctions du téléchargement illégal.....	451
II- L'application aux fournisseurs de moyens de règles issues de la responsabilité de droit commun.....	454
A- La responsabilité pénale des entreprises éditrices de logiciels	454
B- La responsabilité pénale de l'abonné à l'accès à Internet	457
Conclusion du Chapitre 1	460
Chapitre 2- L'inefficacité des règles spéciales.....	461
Section 1- La complexité des règles spéciales	463
Paragraphe 1- Le contenu malaisé des règles spéciales	464
I- La contradiction des règles régissant les relations contractuelles	464
A- Les règles relatives à la langue	465
B- Les règles relatives à la durée de l'obligation d'archivage	467
II- L'ambiguïté des règles régissant les relations extracontractuelles.....	469
A- Les règles relatives au statut d'hébergeur	470
B- Les conséquences sur les décisions des juges	472
Paragraphe 2- L'effectivité problématique des règles spéciales	474
I- Les manifestations de l'effectivité problématique des règles spéciales	475
A- L'absence de sanctions des règles régissant les relations contractuelles ..	476
B- L'inadéquation des sanctions des règles régissant les relations extracontractuelles.....	478
II- La remise en cause des règles spéciales	482
A- L'abrogation du dispositif de sanction du téléchargement illégal	482
1- L'abrogation du dispositif administratif	483
2- L'abrogation du dispositif pénal	485
B- Le recours aux structures existantes.....	487
1- Les structures de contrôle existantes.....	488

2- Le pouvoir du juge dans l'application des règles générales	489
Section 2- L'inadaptation des règles spéciales.....	493
Paragraphe 1- La responsabilité contractuelle de plein droit	493
I- La mauvaise coordination avec les autres régimes spéciaux de responsabilité	494
A- La responsabilité des agences de voyage.....	494
B- La responsabilité du fait des produits défectueux	496
II- La nécessité de remettre en cause la responsabilité de plein droit	498
A- L'application des régimes préexistants de responsabilité	500
B- Le recours aux modes alternatifs de règlement extrajudiciaire des litiges	504
1- Les fondements du recours aux modes alternatifs	504
2- Une justice privée efficace fondée sur les principes généraux	508
Paragraphe 2- La responsabilité extracontractuelle	512
I- L'évolution rapide de la technique	513
A- L'obsolescence des règles sur le téléchargement illégal.....	514
B- La responsabilité des plates-formes en ligne.....	518
II- La nécessité de remettre en cause les règles spéciales	524
A- L'application des règles générales	525
1- L'application des dispositions civiles préexistantes	526
2- L'application des dispositions pénales préexistantes.....	528
B- Le recours à la coopération entre acteurs du commerce électronique.....	530
1- Les fondements du recours à la coopération.....	532
2- La lutte contre les pratiques illicites fondée sur les mécanismes juridiques classiques.....	534
Conclusion du Chapitre 2.....	538
Conclusion du Titre 2.....	539
Conclusion de la Deuxième Partie	540
CONCLUSION GÉNÉRALE	541
BIBLIOGRAPHIE	550

INDEX APHABÉTIQUE	598
TABLE DES MATIÈRES	600